

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARION BACH

**MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO: *NE  
BIS IN IDEM* E PROPORCIONALIDADE**

Porto Alegre  
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARION BACH

**MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO: *NE  
BIS IN IDEM* E PROPORCIONALIDADE**

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila  
Orientador

Porto Alegre  
2021

MARION BACH

**MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO: *NE  
BIS IN IDEM* E PROPORCIONALIDADE**

Tese apresentada à banca examinadora, sob a orientação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneos

Porto Alegre  
2021

MARION BACH

**MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO: *NE BIS IN IDEM* E PROPORCIONALIDADE**

Tese de Doutorado apresentada à Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (orientador) - PPGCCRIM /PUCRS

---

Prof. Dr. Fábio André Guaragni – UNICURITIBA

---

Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa - USP

---

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza – PPGCCRIM / PUCRS

---

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira – PPGCCRIM /PUCRS

Porto Alegre  
2021

*Havia um homem apaixonado pelas estrelas. Para ver melhor as estrelas, ele inventou a luneta. Aí formou-se uma escola para estudar a sua luneta. Desmontaram a luneta. Analisaram a luneta por dentro e por fora. Observaram os seus encaixes. Mediram as suas lentes. Estudaram a sua física óptica. Sobre a luneta de ver estrelas escreveram muitas teses de doutoramento. E muitos congressos aconteceram para analisar a luneta. Tão fascinados ficaram pela luneta que nunca olharam para as estrelas.*

*Rubem Alves*

*Que sigamos, sempre, olhando para as estrelas.*

## AGRADECIMENTOS SINCEROS

À CAPES pelo fomento da presente pesquisa e ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS: obrigada ao gentil e competente corpo administrativo e ao excepcional corpo docente. Me senti abraçada e aprendi imensamente em terras gaúchas.

*Ao meu orientador*, Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, por me depositar confiança que espero (sempre) honrar, por me orientar através das suas mãos sempre gentis e seguras pelos tortuosos caminhos desta pesquisa e pelas lições que vão muito além do direito penal.

*Aos membros da banca de defesa do presente trabalho*, Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa, uma grande inspiração e com quem compartilho a paixão pelo tema; Prof. Dr. Fábio André Guaragni, meu eterno professor-amigo, amigo-professor; Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza e Prof. Rodrigo Moraes de Oliveira, incríveis professores que me presenteiam com a presença nesta banca. Muito obrigada por concederem (precioso) tempo na leitura deste trabalho e pela análise crítica que muito me ajudará no aperfeiçoamento da pesquisa.

*Ao meu amor.*

*Aos meus pais.*

*À minha família.*

*Aos meus amigos.*

Dizem que a riqueza de alguém se mede pelo número de (bons) amigos. Sou, definitivamente, rica. Obrigada aos meus amigos-de-infância; aos-amigos-de-faculdade; aos amigos-de-mestrado-na-UFPR; aos amigos-de-doutorado-na-PUCRS; aos amigos-parceiros-de-advocacia-criminal; às parceiras-amigas de escritório; aos amigos-parceiros-de-docência (FAE, UNICURITIBA e outras instituições que confiaram no meu trabalho e me abriram os (a)braços); aos meus professores-que-se-transformaram-em-amigos; aos meus alunos-que-se-transformaram-em-amigos; aos amigos-do-Conselho-Estadual-da-OAB-PR; aos amigos-da-Escola-de-Escrita-Criativa; aos amigos-de-quatro-patas-que-amo; aos amigos-que-fiz-por-aí-e-que-não-abro-mão.

## RESUMO

O presente estudo foi inspirado pela (atual) constatação de que o Estado sanciona, o mesmo fato, múltiplas vezes: através do direito administrativo, cada vez mais *sancionador*, e através do direito penal, cada vez mais *administrativizado*. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em razão de apego ao (contestável) mantra da *independência entre as instâncias*, não enfrentam o tema com a profundidade devida. Esta pesquisa busca, por isso e inicialmente, *compreender* o fenômeno da multiplicidade sancionatória estatal, bem como traçar a (difícil, mas necessária) *distinção* entre o *ilícito penal* e o *ilícito administrativo*. Busca, na sequência e considerando o cenário jurídico brasileiro, assentar pressupostos relacionados aos princípios do *ne bis in idem* e da proporcionalidade. Pretende, por fim (e como fim), responder a *dois questionamentos*. O primeiro: toda vez que o Estado sanciona, em razão do mesmo fato, múltiplas vezes, restará violado o princípio do *ne bis in idem*? Antecipa-se, já nestas breves linhas, a resposta: nem sempre. Há cumulações sancionatórias ilegítimas, mas há cumulações sancionatórias legítimas, elencando, o presente estudo, com base em decisões de tribunais e cortes internacionais, critérios aptos a constatar dita (i)legitimidade. Advém, da primeira resposta, o segundo questionamento: toda vez que o Estado legitimamente sanciona, em razão do mesmo fato, múltiplas vezes, restará violado o princípio da proporcionalidade? Mais uma vez estas breves linhas antecipam a resposta: o automático e impensado cúmulo sancionatório - advindo de instâncias diversas - viola, sim, a proporcionalidade, razão pela qual é urgente não apenas atentar para o *conjunto sancionatório estatal* aplicável ao mesmo fato, bem como indicar (concretos) caminhos para a que a aplicação de sanções múltiplas alcance a irrenunciável proporcionalidade. É o que o presente estudo busca realizar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Multiplicidade sancionatória; Administrativização do direito penal; Penalização do direito administrativo; *Ne bis in idem*; Proporcionalidade.



## ABSTRACT

This study has been inspired by the (current) ascertainment that the State sanctions the same fact multiple times: through both administrative law, which has become more sanctioning in recent years, and criminal law itself, which in turn has acquired more and more characteristics of administrative law. Due to their attachment to the (debatable) mantra of *independence between the different instances*, both Brazilian doctrine and jurisprudence do not tackle the topic with due diligence. Therefore, the aim of this research is to *understand* the phenomenon of the State's sanctioning multiplicity – known in the United States as the “piling on” of fines and penalties – as well as draw the (difficult, but necessary) *distinction* between a *criminal offense* and an *administrative offense*. Afterwards, not without taking into consideration the Brazilian legal scenario, the focus will be shifted to settling presuppositions related to the principles of *ne bis in idem* (*double jeopardy*) and proportionality. Finally, and as a means to an end, the answers to *two questions* will be provided, the first one being: whenever the State sanctions, due to the same fact, multiple times, will the principle of *ne bis in idem* be violated? The answer to this inquiry can be provided, briefly, in this very abstract: not always. There are illegitimate sanctioning cumulations, but there are also legitimate ones. This research lists, based on decisions of international tribunals and courts, criteria apt to verify said (il)legitimacy. From the answer to the first question comes the second one: whenever the State rightfully sanctions, due to the same fact, multiple times, will the principle of proportionality be violated? Once again, the question can be briefly answered in this summary: the automatic and unadvised overlaid sanctioning – coming from all instances – does violate the principle of proportionality, thus making it urgent not only to focus on the applicable *state sanctioning set* to the same fact, but also to indicate (concrete) ways for the application of multiple sanctions to achieve unavoidable proportionality. These are the aims and objectives of this research.

**Keywords:** Sanctioning multiplicity; Sanctioning; Administrative law; Criminal law; *Ne bis in idem*; Double jeopardy; Proportionality.

## RESUMEN

Este análisis ha sido inspirado por la actual constatación de que el Estado sanciona el mismo hecho múltiples veces: a través del derecho administrativo, cada vez más *sancionador* y también a través del derecho penal, que se encuentra más y más lleno de elementos del derecho administrativo. La doctrina y la jurisprudencia brasileñas, por apego al (discutible) mantra de la *independencia entre las instancias*, no lo enfrentan al tema con la hondura que se hace necesaria. Esa búsqueda ambiciosa, por eso e inicialmente, *comprender* el fenómeno de la multiplicidad sancionatoria estatal, bien como trazar la (difícil, pero necesaria) *diferencia* entre el *delito penal* y la *infracción administrativa*. En seguida se busca también, llevando en cuenta el escenario jurídico brasileño, asentar suposiciones relacionadas a los principios del *ne bis in idem* y de la proporcionalidad. Pretende, por fin (y como fin), contestar a *dos cuestionamientos*. El primer: todas las veces que el Estado sanciona, por el mismo hecho, múltiples veces, ¿quedará violado el principio del *ne bis in idem*? Se anticipa, ya en estas breves líneas, la respuesta: ni siempre. Hay acumulaciones sancionatorias ilegítimas, pero hay asimismo acumulaciones sancionatorias legítimas, listando este estudio, al mismo ritmo que se basa en decisiones de cortes y tribunales internacionales, criterios capaces de constatar supuesta (i)legitimidad. De la respuesta de la primera pregunta surge la segunda: todas las veces que el Estado sanciona, por el mismo hecho, múltiples veces, ¿quedará violado el principio de la proporcionalidad? Una vez más, en estas breves líneas, se anticipa la respuesta a la pregunta: el maquinal e impensado cúmulo sancionatorio – viniendo de instancias diversas – quebranta, sí, la proporcionalidad, razón por la cual es urgente no solo prestar atención en el *conjunto sancionatorio estatal* aplicable al mismo hecho, como también indicar caminos (concretos) para que la aplicación de sanciones múltiples alcance la irrenunciable proporcionalidad. Eso es lo que este estudio ambiciosa alcanzar.

**PALABRAS CLAVE:** Multiplicidad sancionatoria; Derecho penal; Derecho administrativo; *Ne bis in idem*; Proporcionalidad.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO DESNECESSÁRIA .....	14
INTRODUÇÃO NECESSÁRIA.....	17
<b>1 A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO E A MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL .....</b>	<b>24</b>
1.1 A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO .....	24
<b>1.1.1 (Breves traços sobre algumas das) Razões da aproximação entre direito penal e direito administrativo.....</b>	<b>25</b>
1.1.1.1 Pós-modernidade: entre riscos reais e riscos sentidos .....	25
1.1.1.2 O enfraquecimento do Estado-nação.....	31
1.2 O FENÔMENO DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL .....	33
<b>1.2.1 Direito penal como guardião do direito administrativo .....</b>	<b>34</b>
<b>1.2.2 Técnicas de tipificação com apoio no direito administrativo.....</b>	<b>35</b>
<b>1.2.3 Direito penal vestindo roupagem do direito administrativo .....</b>	<b>40</b>
1.3 O FENÔMENO DA PENALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	42
<b>1.3.1 A proliferação de leis sancionadoras estatais.....</b>	<b>44</b>
1.4 A DIFÍCIL DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO.....	53
<b>1.4.1 Por que o ilícito civil não está sendo considerado? .....</b>	<b>54</b>
<b>1.4.2 De quais ilícitos administrativos estamos, afinal, tratando? .....</b>	<b>55</b>
<b>1.4.3 Ilícito penal e ilícito administrativo: critérios possíveis de distinção .....</b>	<b>62</b>
1.4.3.1 Distinção pela sanção imposta.....	63
1.4.3.2 Distinção pela autoridade que impõe a sanção.....	66
1.4.3.3 Distinção pela finalidade/função da sanção .....	68
1.4.3.4 Distinção pelo conteúdo do ilícito .....	75
1.5 CONCLUSÕES (PRÓPRIAS) SOBRE OS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO.....	88
<b>2 PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS .....</b>	<b>103</b>
2.1 <i>NE BIS IN IDEM</i> E (ALGUNS) ESCLARECIMENTOS INICIAIS .....	103
2.2 RAÍZES HISTÓRICAS DO <i>NE BIS IN IDEM</i> .....	105
2.3 <i>BIS IN IDEM</i> NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	110
<b>2.3.1 Vertente Processual do <i>Ne Bis In Idem</i> na legislação brasileira.....</b>	<b>111</b>
<b>2.3.2 Vertente Material do <i>Ne Bis In Idem</i> na legislação brasileira .....</b>	<b>114</b>
2.3.2.1 <i>Ne bis in idem</i> e conflito aparente de leis penais .....	115
2.3.2.2 <i>Ne bis in idem</i> e aplicação da lei penal no espaço.....	119

2.3.2.3 <i>Ne bis in idem</i> e aplicação da pena.....	120
2.4 <i>NE BIS IN IDEM</i> : DEFININDO O <i>IDEM</i> .....	124
<b>2.4.1 Identidade de sujeito (passivo)</b> .....	125
<b>2.4.2 Identidade de fato</b> .....	129
2.5 <i>NE BIS IN IDEM</i> : DEFININDO O <i>BIS</i> .....	133
2.6 <i>BIS</i> NO ÂMBITO DA MESMA INSTÂNCIA DO DIREITO.....	133
<b>2.6.1 <i>Bis</i> no âmbito interno do direito penal</b> .....	134
<b>2.6.2 <i>Bis</i> no âmbito interno do direito tributário</b> .....	135
<b>2.6.3 <i>Bis</i> no âmbito interno do direito do trabalho</b> .....	137
<b>2.6.4 <i>Bis</i> no âmbito interno do direito processual civil</b> .....	139
<b>2.6.5 <i>Bis</i> no âmbito interno do direito administrativo</b> .....	141
2.7 <i>BIS</i> ENTRE INSTÂNCIAS INDEPENDENTES.....	146
2.8 A INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS (DISTINTAS) INSTÂNCIAS.....	151
<b>2.8.1 Sentença penal condenatória e reflexos nas demais instâncias</b> ....	153
<b>2.8.2 Sentença penal absolutória e reflexos nas demais instâncias</b> .....	155
<b>2.8.3 Súmula Vinculante n. 24 do STF como comprovação da independência relativa entre as instâncias</b> .....	158
<b>2.8.4 Detração do art. 42 do CP como comprovação da independência relativa entre as instâncias</b> .....	161
2.9 (BREVES) CONCLUSÕES SOBRE O <i>NE BIS IN IDEM</i> E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.....	162
2.10 DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> .....	162
<b>2.10.1 O legislador enquanto destinatário do <i>ne bis in idem</i></b> .....	163
<b>2.10.2 O intérprete enquanto destinatário do <i>ne bis in idem</i></b> .....	165
<b>3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	169
3.1 (ALGUMAS) CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	169
3.2 RAÍZES HISTÓRICAS DA PROPORCIONALIDADE.....	172
<b>3.2.1 A proporcionalidade na Europa ocidental</b> .....	175
<b>3.2.2 A proporcionalidade norte-americana</b> .....	180
<b>3.2.3 A proporcionalidade no Brasil</b> .....	185
3.3 PROPORCIONALIDADE: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO INDETERMINADO.....	188
3.4 A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA VISÃO CONSTITUCIONALISTA.....	190
3.5 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE.....	193
<b>3.5.1 O subprincípio da adequação</b> .....	194
<b>3.5.2 O subprincípio da necessidade</b> .....	195
<b>3.5.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito</b> .....	196
3.6. PROPORCIONALIDADE E SANCIONAMENTO ESTATAL.....	198
<b>3.6.1. A proporcionalidade na escolha das condutas sancionáveis</b> .....	200

<b>3.6.2. A proporcionalidade na escolha da <i>qualidade e quantidade das sanções</i></b> .....	209
3.7 DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	215
<b>3.7.1 O Poder Judiciário como (novo e subsidiário) <i>Filtro de Proporcionalidade</i></b> .....	220
<b>4 O REAJUSTE DA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO ATRAVÉS DO <i>NE BIS IN IDEM</i> E DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	234
4.1 CONSTATAÇÃO E EXEMPLIFICAÇÃO DO PROBLEMA .....	234
4.2 SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA PELO MESMO FATO: <i>BIS IN IDEM?</i> .....	242
<b>4.2.1 O Princípio do <i>Ne Bis In Idem</i> nas Decisões das Cortes Internacionais</b> .....	244
4.2.1.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a Burla de Etiquetas: <i>Critérios de Engel</i> .....	245
4.2.1.2 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal .....	250
4.2.1.3 O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal .....	252
4.2.1.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal .....	256
4.2.1.5 Contribuições das Cortes Internacionais para o Tema: Breves Linhas Conclusivas .....	258
<b>4.2.2 O Princípio do <i>Ne Bis In Idem</i> nas Decisões das Cortes Brasileiras</b> .....	260
4.3 CONCLUSÕES SOBRE O PAPEL DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL .....	266
<b>4.3.1 Hipóteses de <i>compatibilidade</i> entre sanção penal e administrativa pelo mesmo fato: ausência de violação ao <i>ne bis in idem</i></b> .....	269
<b>4.3.2 Hipóteses de <i>incompatibilidade</i> entre sanção penal e administrativa pelo mesmo fato: violação ao <i>ne bis in idem</i></b> .....	279
4.4 SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA PELO MESMO FATO: HÁ PROPORCIONALIDADE NA MERA CUMULAÇÃO DE SANÇÕES? .....	286
<b>4.4.1 Instrumento de ajuste da proporcionalidade em caso de multiplicidade sancionatória: a <i>consideração</i> entre instâncias distintas.</b> .....	291
4.4.1.1 Possibilidade de <i>atenuação</i> da pena em razão de prévio sancionamento em instância distinta: inclusive entre sanções de <i>naturezas</i> distintas.....	295
4.5 CONCLUSÕES SOBRE O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO <i>NE BIS IN IDEM</i> E DA PROPORCIONALIDADE NA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL .....	305
<b>CONCLUSÕES</b> .....	308
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	315

## INTRODUÇÃO DESNECESSÁRIA

Durante a elaboração da presente tese de doutoramento, as minhas leituras técnicas dividiram (tempo e) espaço, em especial, com um poeta: Manoel de Barros. Logo Manoel de Barros, o poeta mato-grossense apegado às miudezas e que renega os doutorismos?

Caso Manoel de Barros tivesse acesso ao presente trabalho, certamente me devolveria as tantas laudas com um sorriso de canto de boca e um olhar desafiador: escrever sobre multiplicidade sancionatória estatal é fácil. Quero ver escrever sobre o cu da formiga.

Talvez eu tenha feito questão de ler Manoel de Barros enquanto pesquisava sobre (tantos) temas complexos justamente para nunca esquecer da relação (íntima e necessária) entre a multiplicidade sancionatória estatal e o cu da formiga. Entre os temas técnicos e as trivialidades. Entre as importâncias e as desimportâncias. Entre as grandezas e as pequenezas.

Talvez eu tenha feito questão de ler Manoel de Barros enquanto elaborava as laudas que seguem para nunca esquecer que, ao lado das palavras que informam, sempre devem caminhar as palavras que encantam – afinal, “buscar a beleza nas palavras é uma solenidade de amor”. Que, ao lado das palavras que encontram morada no dicionário, sempre podem caminhar as palavras inventadas (Manoel de Barros não era da *informática*, era da *invencionática*).

Manoel de Barros bem sabia que “a nossa visão é um ato poético do olhar”. Era por isso que o poeta via errado. O que ele via não era uma garça na beira do rio. O que ele via era um rio na beira de uma garça. “Chegou de ir no oculista. Não era um defeito físico falou o diagnóstico. Induziu que poderia ser uma disfunção da alma”.

A verdade é que, na minha caminhada acadêmica, sempre encontrei – e hoje compreendo que não se trata de coincidência, mas de *encontro*, no sentido bonito da coisa - pessoas inspiradas por Manoel de Barros, com essa disfunção da alma. Por exemplo:

Em Curitiba, eu conheci, no primeiro ano da minha graduação no curso de Direito, um professor de direito penal chamado Fábio. Gaúcho de nascença. Fábio André Guaragni era, já à época, e é, ainda hoje, uma mente brilhante. Mas Fábio é muito mais do que isso. Fábio é o chimarrão compartilhado, é a

superstição com a posição do saci de plástico a cada jogo do Internacional, é a risada solta, é o coração enorme, é a fonte inesgotável de conselhos, é a lágrima alegre brotada das lembranças de infância. Fábio é amigo. Na concepção mais pura do termo.

Em Porto Alegre, anos mais tarde, eu conheci, no programa de Doutorado em Ciências Criminais, um professor de direito penal chamado Fabio. Sem o acento, mas igualmente gaúcho de nascença. Para ser honesta, eu já conhecia Fabio Roberto D’Avila e seu brilhantismo na dogmática penal. Ele é que, obviamente, não me conhecia. Quando decidi cursar o Doutorado na PUCRS, foi pensando no Fabio. Consciente de que ele possuía apenas uma vaga para orientação, acendi velas, fiz promessas... e (também) estudei, porque não dá para deixar tudo na mão dos santos. Deu certo: tive a honra de ser guiada por Fabio nos últimos quatro anos. Sempre com a gentileza que lhe é característica, Fabio não apenas me ensinou muito sobre direito penal, mas sobre valores que tanto me são caros. Foi Fabio, inclusive, quem me apresentou um dos contos de que mais gosto, de Valter Hugo Mãe, e que não à toa chama “As mais belas coisas do mundo”:

“O meu avô sempre dizia que o melhor da vida haveria de ser ainda um mistério e que o importante era seguir procurando. Estar vivo é procurar, explicava. (...) Eu sei que ele queria chamar a atenção para a importância de aprender. Explicava sempre que aprender é mudar de conduta, fazer melhor. (...) Ele achava que dispomos de informação suficiente para termos uma conduta mais cuidada. Elogiava insistentemente o cuidado. Era um detective de interiores, queria dizer, inspecionava sobretudo sentimentos. Quando lhe perguntei porquê, ele respondeu que só assim se falava verdadeiramente acerca da felicidade. Para estudar o coração das pessoas é preciso um cuidado cirúrgico. Estava constantemente a pedir-me que prestasse atenção. Se prestares atenção vês corações e podes tirar medidas à felicidade. Como se houvesse uma fita métrica para isso. (...) Eu queria ser sagaz, ter perspicácia, estar sempre inspirado. O meu avô pedia que não me desiludisse. Quem se desilude morre por dentro. Dizia: é urgente viver encantado. (...)”

É por isso que ninguém me tira que ambos – Fábio e Fabio – são, também, íntimos de Manoel de Barros.

Tudo isso para dizer, como *introdução desnecessária* (a expressão é de Manoel de Barros), que há muito por trás desta tese. Se esse trabalho nasceu, foi porque existiram muitas miudezas (pequenas forças, pequenas alegrias, pequenas tristezas, pequenos esforços) e grandes ajudas por trás. Se esse

trabalho nasceu, foi porque vislumbrei que, de algum modo e em alguma medida, as páginas escritas poderiam verdadeiramente servir *de algo ou para alguém*.

Um doutor veio formado de São Paulo. Almofadinha. Suspensórios, colete, botina preta de presilhas. E um trejeito no andar de pombrolinha. No verbo, diga-se de logo, usava naftalina. Por caso, era um pernóstico no falar. Pessoas simples da cidade lhe admiravam a pose de doutor. Eu só via o casco. Fomos de tarde no *Bar O Ponto*. Ele, meu pai e este que vos fala. Este que vos fala era um rebelde adolescente. De pronto o doutor falou pra meu pai: Meus parabéns Seo João, parece que seu filho agora endireitou! E meu pai: Ele nunca foi torto. Pintou um clima de urubu com mandioca entre nós. O doutor pisou no rabo, eu pensei. Ele ainda perguntou: E o comunismo dele? Está quarando na beira do rio entre as capivaras, o pai respondeu. O doutor se levantou da mesa e saiu com seu andar de vespa magoada.

É por isso que, no início de cada Capítulo, há Manoel de Barros. É o (meu) lembrete, a cada (re)início, de que a produção e a construção acadêmica só fazem sentido se tiver um *fim maior*.

Ora, se é urgente *viver encantado* – seguindo o conselho de Valter Hugo Mãe –, também é urgente se divorciar da pedantocracia, se despir das vaidades, renunciar aos verbos-naftalina e às falas pernósticas e fazer com que o doutor – esse, dos suspensórios, colete e botina preta de presilhas - afinal, *enxergue* o Seu João, como um bom detetive de interiores, pois só assim se fala verdadeiramente acerca da *felicidade*. Mas, mais do que isso, pois só assim se fala verdadeiramente sobre *fazer ciência*.



## INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

Essencial que esteja delineado, de saída, o que exatamente é e o que especificamente *pretende* esta tese. Mais, que esteja igualmente delineado o que *não é* e o que *não pretende*, de modo que esta introdução firme espécie de *pacto* com o leitor que se aventure a ler as linhas que seguem.

A presente pesquisa é fruto de um incômodo sentido – na mesma medida – na poltrona da advocacia e nos bancos acadêmicos.

Tal incômodo pode ser traduzido pelo fato de que *uma mesma pessoa*, atualmente, é *sancionada múltiplas vezes pelo Estado* diante da ocorrência de *um mesmo fato*. Como uma Hidra de Lerna, lenda da mitologia grega que possui (um) corpo de dragão e (várias) cabeças de serpente, o (corpo do) Estado brasileiro sanciona através de (várias) instâncias. A legislação brasileira assim impõe. Os tribunais brasileiros assim decidem. A (ou parte significativa da) doutrina assim consente.

A admissibilidade da *multiplicidade sancionatória* passa – irrefletidamente e quase que exclusivamente – pelo discurso da *independência entre as instâncias*. Tal justificativa, repetida à exaustão e transformada em espécie de *mantra*, parece *blindar* possibilidades de discussão a respeito do tema, inviabilizando enfrentamento *cada vez mais necessário*.

Um indivíduo ser punido, em razão do mesmo fato, por instâncias distintas, não é, em si, novidade. Mas as últimas décadas foram marcadas por mudanças significativas no âmbito sancionatório estatal, de maneira que o tema ganhou novos – e problemáticos – contornos.

O direito penal caminhou, a passos largos, em direção ao direito administrativo, dando origem ao fenômeno da *administrativização do direito penal*. O direito administrativo, por sua vez, caminhou firmemente em direção ao direito penal, desembocando no fenômeno da *penalização do direito administrativo*<sup>1</sup>. Como resultado, houve intensa *aproximação* (e, conseqüentemente, recorrente *sobreposição*) entre ambas as instâncias.

---

<sup>1</sup> No presente estudo adotaremos o termo “penalização”, mas importa registrar que não é um termo aceito de forma unânime. Helena Regina Lobo da Costa, por exemplo, que participou da banca de avaliação desta tese – e muito contribuiu para o seu desenvolvimento – opta pelo termo “recrudescimento sancionatório” do direito administrativo.

Somada a tais fenômenos, houve, ainda, no cenário brasileiro, uma (verdadeira) *proliferação* de leis sancionadoras estatais: pense-se, ilustrativamente, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), nas leis administrativas sancionadoras no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) (Lei n. 12.529/2011), do Banco Central (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (Lei n. 13.506/2017).

O presente trabalho pretende, nas laudas que seguem e ciente da extensão do desafio, assumir o papel de Hércules e enfrentar o monstro que habita o pântano junto ao lago de Lerna. Para tanto, divide esforços em quatro distintos capítulos.

#### *Primeiro capítulo:*

As linhas iniciais são dedicadas a compreender as razões (sociológicas) que conduziram à *administrativização do direito penal* e à *penalização do direito administrativo*, bem como as principais consequências de tais fenômenos no campo do direito sancionatório estatal (em termos dogmáticos, principiológicos e de política criminal).

Ainda no capítulo inicial, busca-se esclarecer quais são – e por quais razões – as sanções que (efetivamente) *interessam* a esta tese: as sanções advindas no direito penal e do direito administrativo sancionador, excetuando-se as sanções *civis* e as sanções *disciplinares*.

Em seguida, contextualiza-se o (histórico) debate sobre os *traços distintivos* entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Traçar tal distinção é tarefa árdua, mas irrenunciável. Se esta tese busca verificar possíveis violações – e apresentar possíveis soluções – no que refere à *coexistência de ilícito penal e ilícito administrativo*, fundamental estabelecer critérios que delimitem o que é um *ilícito penal* e o que é um *ilícito administrativo*.

Historicamente os (mais usuais) critérios de distinção são i) a espécie/natureza de sanção que é imposta quando da ocorrência do ilícito; ii) a autoridade que impõe a sanção; iii) a função/finalidade da sanção imposta e iv) o próprio conteúdo do ilícito.

Assim, analisa-se *criticamente* cada um dos critérios de distinção para, ao cabo, eleger/construir um critério *próprio* de diferenciação entre ilícito *penal* e *administrativo*, que guia os capítulos subsequentes.

#### *Segundo capítulo:*

O tema central do segundo capítulo é o princípio do *ne bis in idem* e seu confronto com a *independência entre as instâncias*.

Inicia-se com a pesquisa sobre as raízes históricas do *ne bis in idem*, de maneira a compreender o desenvolvimento e a atual extensão do princípio. Passa-se, então, a analisar o *ne bis in idem* na (atual) legislação brasileira. Não obstante a ausência de previsão constitucional, é possível verificar que o *ne bis in idem* possui ampla aplicabilidade no Brasil, em duas distintas vertentes: a *processual* e a *material*.

Se a vertente processual do *ne bis in idem* impede que o (mesmo) sujeito seja *processado* de forma múltipla, a vertente material impede que o (mesmo) sujeito seja *punido* de forma múltipla – tendo esta última vertente, portanto, especial importância à tese.

As garantias advindas do *ne bis in idem* parecem estar (completamente) traduzidas na ideia de *proibição de múltipla persecução e punição*, mas a verdade é que não estão. É por isso que o segundo capítulo se dedica a definir o que – exatamente – significa o *bis* que compõe o brocardo, bem como o que – exatamente – significa o *idem*.

Em seguida, as linhas do segundo capítulo se ocupam em demonstrar que o *ne bis in idem* não é princípio exclusivo do direito penal. Tal princípio opera no âmbito *interno* de todas as instâncias: no direito tributário, no direito do trabalho, no direito civil e processual civil e no (intimamente relacionado à tese) direito administrativo.

Mas e *entre* as instâncias? Se é verdade que o *ne bis in idem* se aplica no âmbito *interno* de todas as instâncias, será verdade que opera *entre* distintas instâncias?

Para responder a tal questionamento, a tese analisa tema relacionado à *independência entre as instâncias* e conclui – através dos reflexos da sentença penal condenatória, da sentença penal absolutória e de outros relevantes institutos –, que as instâncias contam com independência, mas *relativa/mitigada*. O mantra da independência *absoluta* entre instância está sepultado e, cada vez mais, a *independência* divide espaço com a *coerência*: as instâncias *estão, sim, intimamente relacionadas* – e esse é ponto essencial à tese.

Para finalizar o segundo capítulo, linhas são traçadas sobre os *destinatários* do princípio do *ne bis in idem*. O legislador é o destinatário primeiro: deve atentar à incoerência de *bis in idem* no âmbito interno de cada instância,

cuidando em respeitar os traços distintivos entre o ilícito penal e o administrativo. Mas deve, na mesma proporção, estar atento ao *conjunto sancionatório estatal*. O intérprete é o destinatário segundo, sendo o papel do julgador essencial à concretização do princípio, considerada a impossibilidade de o legislador evitar, *ex ante*, toda e qualquer multiplicidade sancionatória. Assim, é como se o Poder Legislativo funcionasse como um *primeiro* e o Poder Judiciário funcionasse como um *segundo filtro* garantidor de *ne bis in idem*.

#### *Terceiro capítulo:*

O terceiro capítulo abraça o princípio da proporcionalidade.

As primeiras linhas são dedicadas a resgatar as raízes históricas da proporcionalidade, seja no âmbito da Europa ocidental, seja em solo norte-americano. Tal esforço se justifica pela tentativa de compreender *de que modo se constituiu* a proporcionalidade no Brasil.

Esta tese compreende a proporcionalidade enquanto *direito fundamental em si mesma*, imanente à Constituição Federal. A dificuldade de lhe conferir (alguma) definição jurídica não é vista com mau olhar. De fato, a proporcionalidade é mais fácil de *sentir* do que de *definir*. Mas, em verdade, é esta abertura conceitual que propicia a sua utilização como princípio geral do direito, como *metanorma*, como uma *norma de aplicação de outras normas* ou, ainda, como um *postulado constitucional*.

O terceiro capítulo se dedica a trabalhar as duas faces do princípio da proporcionalidade: o da vedação de excesso (*Übermassverbot*) e o da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), com especial ênfase no sancionamento estatal. É dizer: analisa-se o papel da proporcionalidade no momento de *eleger as condutas sancionáveis* e de *eleger as sanções cabíveis*. Ganha especial relevância, para esta pesquisa e nesse ponto, o *papel dos destinatários* do princípio da proporcionalidade.

O legislador está vinculado (não apenas, mas também) à proporcionalidade no momento de (i) selecionar quais condutas serão objeto de sancionamento, (ii) eleger através de qual âmbito do direito (penal ou administrativo) sancionará tal comportamento, (iii) eleger o tipo (espécie) de sanção e, ainda, (iv) decidir a quantidade de sanção que será imposta.

O Poder Executivo está obrigado a escolher – quando a lei *autoriza escolher* –, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais.

O Poder Judiciário, por sua vez, é responsável pela concretização do princípio da proporcionalidade quando da aplicação de sancionamento(s). Parece evidente que assim seja, já que o princípio da proporcionalidade (e seus subprincípios) operam tanto no momento da *criação*, quanto no momento da *interpretação* e da *aplicação* da lei. Assim, deve haver um exercício de controle de legitimidade, por parte do julgador, quanto à atuação do legislador e dos aplicadores do direito sancionador estatal, *reconduzindo tais atividades, caso necessário, a parâmetros democráticos de legitimidade.*

*Quarto capítulo:*

O quarto e último capítulo busca responder dois questionamentos subsidiários – que são, é possível afirmar, o coração desta tese.

O primeiro questionamento é: sempre que o Estado sancionar, o mesmo fato, múltiplas vezes, através de instâncias distintas, restará violado o princípio do *ne bis in idem*?

O segundo questionamento é: sempre que o Estado sancionar, o mesmo fato, com o (a)cúmulo das sanções advindas de instâncias distintas, restará violado o princípio da proporcionalidade?

Para responder a tais questões, esta tese mergulha nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que já desenvolveram estudos mais aprofundados sobre o tema, e busca compatibilizar os pressupostos (lá) estabelecidos com a realidade jurídica brasileira.

É na resposta – conjunta – a ambas as questões que se deposita a esperança de enfrentar a Hidra de Lerna e, quem sabe, auxiliar na construção de um Estado que, evidente, sancione ilícitos, mas de forma (sempre) respeitosa às irrenunciáveis garantias constitucionais do sancionado.



1.

## ESCOVA

Manoel de Barros

*Eu tinha vontade de fazer como os dois homens que vi sentados na terra escovando osso. No começo achei que aqueles homens não batiam bem. Porque ficavam sentados na terra o dia inteiro escovando osso. Depois aprendi que aqueles homens eram arqueólogos. E que eles faziam o serviço de escovar osso por amor. E que eles queriam encontrar nos ossos vestígios de antigas civilizações que estariam enterrados por séculos naquele chão. Logo pensei de escovar palavras. Porque eu havia lido em algum lugar que as palavras eram conchas de clamores antigos. Eu queria ir atrás dos clamores antigos que estariam guardados dentro das palavras. Eu já sabia também que as palavras possuem no corpo muitas oralidades remontadas e muitas significâncias remontadas. Eu queria então escovar as palavras para escutar o primeiro esgar de cada uma. Para escutar os primeiros sons, mesmo que ainda bígrafos. Comecei a fazer isso sentado em minha escrivaninha. Passava horas inteiras, dias inteiros fechado no quarto, trancado, a escovar palavras. Logo a turma perguntou: o que eu fazia o dia inteiro trancado naquele quarto? Eu respondi a eles, meio entressonhado, que eu estava escovando palavras. Eles acharam que eu não batia bem. Então eu joguei a escova fora.*

# 1 A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO E A MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL

## 1.1 A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito penal e direito administrativo nunca estiveram inteiramente divorciados. Para corroborar tal assertiva, basta pensar que os crimes contra a administração pública não são, em absoluto, uma novidade<sup>2</sup>; que o direito penal, através de (algumas de) suas técnicas de tipificação, historicamente se apoia no direito administrativo<sup>3</sup> e que não é deste século que a doutrina se debruça sobre a tentativa de diferenciar ilícito penal e ilícito administrativo<sup>4</sup>.

Mas – e isso é inegável – as últimas décadas protagonizaram uma intensa aproximação entre ambos, em especial no campo do denominado direito penal econômico. “No campo econômico, de fato, direito penal e direito administrativo aproximam-se a largos passos, verificando-se, de um lado, uma administrativização do direito penal e, de outro, um recrudescimento punitivo do direito administrativo sancionador”<sup>5</sup>.

Não por acaso há ampla e aprofundada doutrina sobre o tema, que permite um sem-fim de discussões, seja no campo da política criminal, da dogmática penal, das funções da pena ou do processo penal. O presente estudo, porém, cuidará para não mergulhar profundamente em qualquer das possíveis

---

<sup>2</sup> No Brasil, o Código Imperial já previa punição aos crimes contra a administração pública. O Código Penal de 1940, inspirado nos Códigos italiano e argentino, seguiu prevendo tais crimes. Crimes contra a administração pública, em suma, tutelam a atividade administrativa total dos Estados e de seus entes. “Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos”. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227. 4 v.

<sup>3</sup> O crime de tráfico de drogas – que não é novidade no ordenamento jurídico pátrio – é tipificado através de uma lei penal em branco, que se apoia em uma portaria da Administração Pública (ANVISA) para poder se concretizar. Os tipos culposos, que são tipos penais abertos, remetem o Poder Judiciário, muitas vezes, a dados do direito administrativo para que se possa realizar o necessário fechamento típico. Isso para ficar em breves exemplos. Sobre o tema: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>4</sup> Basta considerar os estudos (sobre o tema) de Joannis Carmignani (1833) e de James Goldschmidt (1902), para ficar em dois conhecidos exemplos.

<sup>5</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 113.



discussões – sob pena de desenvolver trabalho distinto do inicialmente proposto –, mas buscará apenas assentar alguns pressupostos importantes<sup>6</sup>.

### **1.1.1 (Breves traços sobre algumas das) Razões da aproximação entre direito penal e direito administrativo**

Embora não haja quem duvide, seja no âmbito do direito penal, seja no âmbito do direito administrativo, da crescente e acentuada aproximação entre ambas as instâncias, importa, mesmo que brevemente, construir, *considerando a realidade brasileira*, o (ou *um dos*) cenário histórico-sociológico que permitiu – ou conduziu – tal aproximação.

#### 1.1.1.1 Pós-modernidade: entre riscos reais e riscos sentidos

Estamos mergulhados em uma sociedade de traços marcantes que atende por nomes distintos: sociedade pós-moderna, sociedade de modernidade tardia, sociedade de modernidade reflexiva, sociedade pós-industrial ou sociedade do risco<sup>7</sup>.

A sociedade contemporânea – herdeira inicialmente da revolução industrial e posteriormente da revolução tecnológica<sup>8</sup> – é não apenas *multinominada*, mas *multifacetada*. Marcada por um salto de racionalidade e de valorização das capacidades humanas, por um achatamento do mundo que permitiu o encurtamento de distâncias físicas e culturais, pela globalização, pela integração supranacional, pelo predomínio econômico sobre o político, pela valorização e monetização de dados e informações e pelo exagerado desenvolvimento tecnológico e científico, a sociedade atual se caracteriza

---

<sup>6</sup> O tema é, aos nossos olhos, apaixonante e já tivemos oportunidade de estudá-lo sob diferentes enfoques, como em: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014 e GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.). *Direito Penal Econômico: administrativização do Direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2018.

<sup>7</sup> “Não é unívoca a designação do momento pelo qual passa a sociedade ocidental e, em boa medida, mundial. Porém, há todo um traçado de características distintivas do atual universo social daquele existente no começo do século XX que as análises sociológicas apontam com frequência”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, 2006, p. 47.

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In *Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 500.

fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo surgimento e incremento dos riscos e pelo sentimento generalizado de insegurança<sup>9</sup>.

Os primeiros riscos advindos das revoluções industrial e tecnológica foram encarados como indício de ousadia<sup>10</sup> e, portanto, foram bem aceitos. Foram, em verdade, encarados como *o preço a ser pago* – pela própria sociedade – pelo tão almejado progresso<sup>11</sup>.

À época, havia a crença – por parte de uma sociedade que se pensava *dona de si mesma* – de que os riscos eram passíveis de mensuração e controle: vejam-se bandeiras como as de “prevenção de doenças”, “prevenção de crimes”, “prevenção da miséria”<sup>12</sup>. Logo, porém, restou evidenciado que os riscos tinham *baixa previsibilidade e extensa potencialidade destrutiva*: não seria exagero dizer que, como resultado de todo avanço científico e tecnológico, o homem adquiriu o poder – mas não o controle sobre o poder – de autodestruição da vida na terra<sup>13/14</sup>

Assim, surgem os *riscos globais*, na famosa expressão cunhada por BECK, porque ultrapassam a esfera de risco pessoal e mesmo a esfera de risco

---

<sup>9</sup> Há um incontável número de (bons) trabalhos sobre o tema. Já cientes do risco de incorrer em injustiça, renunciamos à tentativa de um rol exaustivo e nos permitimos registrar (apenas) alguns exemplos: BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, 2001. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004. ARNAUD, André-Jean. *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, 2000.

<sup>10</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012, p. 25.

<sup>11</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

<sup>12</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2004, p. 02. v. 46.

<sup>13</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012, p. 25. O desastre de Chernobil - acidente nuclear catastrófico, na Ucrânia Soviética, fronteira com a Bielorrússia Soviética - ocorrido em abril de 1986, prova que a assertiva não é exagerada. Do mesmo modo, os acidentes químicos industriais de Minamata, Seveso e Bhopal.

<sup>14</sup> O ideário moderno, com sua lógica de dominação e instrumentalização da natureza encontra os seus limites, paradoxalmente, no próprio êxito da sua técnica: é exatamente no avanço científico proporcionado que surgem os primeiros sinais de esgotamento do paradigma moderno. Nesse sentido, D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios – Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 26.

territorial<sup>15</sup>. Todos, *a todo tempo e ao mesmo tempo*, se transformam em potenciais vítimas e potenciais autores de ilícitos. Assim, frustradas estão “as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”<sup>16/17</sup>

Mais do que isso, a sociedade de risco é também uma sociedade de anonimato: o universo se transforma em um grande laboratório, sem nenhum responsável pelos experimentos. Políticos dizem que não estão no comando, no máximo regulam a estrutura para o mercado. Especialistas científicos dizem que apenas criam oportunidades tecnológicas, mas não decidem como serão implementadas. Profissionais de negócios dizem que estão simplesmente respondendo a uma demanda dos consumidores. Ninguém se diz – porque ninguém se sente – responsável pelos riscos<sup>18</sup>, que são, como visto, reais.

O direito penal – e, aliás, o direito como um todo – não ficou alheio à sociedade de riscos.

De fato, o direito penal de bases iluministas, apegado a bens jurídicos individuais, com características essencialmente territoriais, caracterizado essencialmente por crimes de dano, rígido na construção dogmática e

---

<sup>15</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012.

<sup>16</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 345.

<sup>17</sup> Ao tratar das revoluções científicas e, portanto, das mudanças de paradigmas com as quais os cientistas se deparam, Bauer bem demonstra o grande clima de *stress* e insegurança profissional que permeia esse processo, trazendo algumas impressões de Heisenberg, Einstein e Bachelard sobre o tema: “A emergência de um novo paradigma é geralmente precedida de grande *stress* e insegurança profissional, o que é perfeitamente compreensível, dado ser intrínseco ao homem não aceitar passivamente o colapso de seus pressupostos e das descrições de mundo com as quais se habituara – principalmente em se tratando de especialistas que a esse contexto devotaram o esforço de suas vidas. Essa foi, como exemplo maior, a história da Física Quântica: ‘Recordo as discussões com Bohr que se estendiam até altas horas da noite, e terminavam quase em desespero; e, quando no fim da discussão, eu saía sozinho para um passeio no parque vizinho, repetia para mim a pergunta: será a natureza tão absurda quanto parece nesses experimentos atômicos?’ [W. Heisenberg]. ‘Todas as minhas tentativas para adaptar os fundamentos teóricos da Física a esse [novo tipo de] conhecimento fracassaram completamente. Era como se o chão tivesse sido retirado de baixo de meus pés, e não houvesse em qualquer outro lugar uma base sólida sobre a qual pudesse construir algo’ [A. Einstein]. ‘O físico tem sido obrigado três ou quatro vezes nos últimos vinte anos a reconstruir sua razão e, intelectualmente falando, refazer uma vida’. [G. Bachelard]’ A incerteza, instalada no seio das ciências exatas, passa a ser a tônica dessa nova ordem que se descortina e ninguém está preparado para recebê-la e compreendê-la, especialmente, os grandes cientistas, o que dirá a sociedade moderna que sempre pautou a sua vida na busca insana e vazia da certeza.” PRADO, Stela. A quebra do paradigma cartesiano e o papel do estado democrático de direito em face das incertezas produzidas pela sociedade de risco. In: *Revista de Direito Privado*, 2011, p. 215 e ss. v. 47.

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012, p. 237 e ss.

principiológica de responsabilidade pessoal, não se revela(va) apto a enfrentar a nova realidade social<sup>19</sup>.

Entra em cena um direito penal *reformulado* que – aos nossos olhos, não sem justificada preocupação<sup>20</sup> – está prestes a abandonar sua tradicional posição de *ultima ratio* para assumir um caráter de *sola ratio*. Sim, pois este direito penal *reformulado* possui um caráter *expansivo*, como bem retratou SILVA SÁNCHEZ<sup>21</sup> e tridimensional. A um, acolhe novos bens jurídicos – meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais, ordem tributária... –, a dois, realiza o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, a três, reduz as exigências para a reprovabilidade<sup>22</sup>.

Ao presente estudo interessa notar que as mudanças que marcaram o direito penal (do risco), *acabaram por aproximá-lo do direito administrativo*. Historicamente, era o direito administrativo que tutelava os bens jurídicos supraindividuais, agora, também o direito penal. Era o direito administrativo que renunciava à exigência da ocorrência de dano efetivo, punindo meras condutas.

---

<sup>19</sup> “Como poderão os ‘novos’ ou ‘grandes’ riscos - que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em actuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo, ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição de funções, de tarefas e de competências - ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objecto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto ‘actuais’), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima? Como poderão manter-se exigências - todavia postuladas por um princípio político-criminal da culpa isento de manobras dogmáticas manipuladoras - como as dos critérios de aferição da causalidade, da imputação objectiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode continuar a manter-se a ideia - que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa - de que o delito doloso de acção constitui a forma ‘normal’ e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente - para não alargar em demasia o rol das dificuldades - manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como atrás ficou já assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?” DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2001. v. 33.

<sup>20</sup> Diante das novas características sociais, o direito penal fundamentado em bases iluministas e de cunho marcadamente antropocentrista revela-se anacrônico e impotente. Há, por isso, um questionamento sobre seus fundamentos e papéis, bem como sobre seus limites formais e materiais. Essa constatação, porém, não significa admitir uma *substituição de paradigmas*, mas, antes, admitir um *aprimoramento de categorias*, conformando o direito penal necessidade à sua própria (nova) identidade: uma identidade moderna. Nesse sentido, D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios – Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 30 e 34.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>22</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2004. v. 46.

Agora, também o direito penal. Era o direito administrativo que se ocupava de sancionar os entes coletivos. Agora, também o direito penal.

Em outras palavras: o advento da sociedade de risco – com seus riscos *reais* – redundou, dentre outras consequências de ordem jurídica, na aproximação do direito penal e do direito administrativo.

Ao lado dos riscos reais que caracterizam a sociedade pós-moderna, não se pode ignorar a presença também constante de *riscos sentidos*. Significa dizer: a sociedade acusa a perda do controle e revela não apenas *estar insegura*, mas *se sentir absolutamente insegura*. A obra de BAUMAN<sup>23</sup>, nesse ponto, é esclarecedora. O sociólogo polonês afirma que viver na incerteza é o único estilo de vida disponível na sociedade contemporânea: somos como passageiros que, de repente, descobrem que a cabine de comando do avião está vazia.

Muitas são as razões para a generalizada sensação de *insegurança* – e, conseqüentemente, de *medo*.<sup>24</sup>

Inicialmente, os próprios dilemas existenciais do indivíduo-pós-moderno. Em modelos sociais passados, o indivíduo encarava a própria existência como parte de *algo maior*. Sua vida, temporal e finda, era vista apenas como *parte* do clã, da nação, da religião, da ideologia, e, com isso, ganhava contornos de atemporalidade e imortalidade. Na sociedade contemporânea, essa noção foi corroída. “As pontes coletivamente erigidas entre a transitoriedade e a eternidade se degradaram e o indivíduo foi deixado cara a cara com a própria insegurança existencial, pura e intacta”<sup>25</sup>.

Depois, a sensação de medo e insegurança é gerada pelas políticas neoliberais de massificação do desemprego estrutural, expansão do subemprego, surgimento de subculturas e guetos sociais, manutenção de uma estrutura vertical da sociedade e, por fim, mecanismos impiedosos de seleção, discriminação e marginalização<sup>26</sup>, que geram, no coração das sociedades

---

<sup>23</sup> Especificamente para o tema, recomenda-se: BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009; BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007 e BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

<sup>24</sup> “Quer haja ou não em nosso tempo mais sensibilidade ao medo, este é um componente maior da experiência humana, a despeito dos esforços para superá-lo. Não há homem acima do medo”. DELUMEAU, Jean. *História do medo no ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 23.

<sup>25</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 46.

<sup>26</sup> GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel.; REGO, Davi Urucu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade de risco. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, 2008, p. 181. v. 9.

capitalistas, tanto a *violência* (riscos reais), quanto o *receio da violência* (riscos sentidos).

O cenário, portanto, é de medo *sentido* por toda parte. Medo da solidão – pela fragilidade dos laços humanos<sup>27</sup> e das parcerias estabelecidas –, medo por falta de estabilidade no trabalho<sup>28</sup>, por constantes mudanças nas regras do jogo da vida<sup>29</sup>, por falta de reconhecimento social<sup>30</sup>, por ameaças de epidemias e pandemias<sup>31</sup>, pela ingestão de alimentos possivelmente cancerígenos, medo de não poder consumir, medo de ser atingido por uma bala perdida<sup>32</sup>.

Os medos *sentidos*, e esse é ponto essencial, *são constantemente alimentados*. É preciso que se diga claramente: interessa ao mercado e interessa ao Estado que a sociedade *sinta* medo.

Interessa ao mercado porque, assim, os medos podem ser vendidos juntamente com os remédios que prometem curá-los. A economia de consumo depende da produção de consumidores<sup>33</sup>. E interessa ao Estado, que fundamenta a sua razão de existir e de exigir obediência por parte dos cidadãos na promessa de protegê-los das ameaças à sua existência e segurança<sup>34</sup>. Com medo, o cidadão passa a precisar *de alguém* ou *de algo*: do Estado, dos governantes, das instituições, do poder punitivo, das leis incriminadoras.

É nesse cenário de medos *sentidos* e *alimentados* que o direito penal entra, mais uma vez, em cena. Uma sociedade amedrontada pugna por (mais e mais) direito penal<sup>35</sup>. O direito penal se expande, abarcando novos bens jurídicos

---

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

<sup>28</sup> No Brasil (e na América Latina como um todo), é possível afirmar que o medo do desemprego não é apenas um medo sentido, mas um medo real. Pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e divulgada em 28.01.2021 revela que a taxa de desemprego no Brasil foi de 14,1% no último trimestre de 2020, atingindo quatorze milhões de pessoas.

<sup>29</sup> “As regras do jogo não param de mudar no curso da disputa”. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 113.

<sup>30</sup> Ou, ainda, por medo de falta de reconhecimento *nas redes sociais*, no sentido figurado e literal.

<sup>31</sup> Enquanto essas linhas são escritas, o mundo enfrenta a pandemia – reconhecida pela OMS em 11 de março de 2020 - provocada pelo novo coronavírus (COVID-19). A pandemia teve início em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Se havia alguma dúvida sobre os riscos serem, com a globalização, *riscos mundiais*, a pandemia serviu para enterrá-la de uma vez por todas.

<sup>32</sup> E, veja-se, esse medo de ser atingido por uma bala perdida contamina não apenas a sociedade do Rio de Janeiro – em que há risco efetivo, estatísticas bem revelam, de haver bala perdida –, mas também a sociedade de uma cidade interiorana que jamais teve real contato com armas de fogo, posto que a mídia notícia, a todo tempo, sobre balas perdidas.

<sup>33</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 15.

<sup>34</sup> Sobre o tema, vide também BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na cidade do Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>35</sup> O direito penal, por vezes, realiza uma função meramente simbólica. Esse direito penal simbólico, segundo HASSEMER, não é destinado a cumprir a real missão de tutelar bens

– que até então estavam sob tutela do direito administrativo – e novas condutas. Na intenção de *gerir riscos* e *apaciar medos*, o direito penal se prolifera e invade o campo até então destinado ao direito administrativo. Com (tudo) isso, ambas as instâncias não apenas se aproximam, mas (por vezes), inclusive, se sobrepõem.

#### 1.1.1.2 O enfraquecimento do Estado-nação

Há, ao lado dos riscos reais e sentidos, outro fator sociológico que contribuiu fortemente para a aproximação entre direito penal e direito administrativo, no Brasil: *o enfraquecimento do Estado-nação*.

O começo do século XX foi marcado por modelos de Estados fortes. Construídos a partir de *grandes enredos*, o Estado, através de cartilhas de doutrinação político-ideológica, impunha determinado *way of life* aos cidadãos e, conseqüentemente, necessitava patrulhá-los. O direito penal, nesse cenário, atendia à política de *ordenação social*.<sup>36/37</sup>

A onda neoliberal intensificada no final do século XX – somada à globalização dos transportes e comunicações – *deslocou o eixo de poder*. O ambiente corporativo privado (leia-se: as grandes corporações<sup>38</sup>), assumiu o poder e ultrapassou os limites dos Estados-nações.<sup>39</sup>

---

jurídicos, mas de obedecer a propósitos de pura jactância de classe política, ou seja, obedecer meras conveniências político-legislativas. HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1998, p. 27. v. 6. “Em outras palavras, o Direito penal simbólico é o analgésico social: é um remédio barato – que não exige cuidado, mas apenas agilidade, por parte do legislador –, e que aplaca sensivelmente as dores sociais. Não trata, é evidente, as origens reais do suposto incômodo. Mas o efeito, embora dissimulado, é imediato. E é o que a sociedade, insegura e amedrontada, espera.” BACH, Marion; VEIGA, Daniel Rogério de Carvalho. Função simbólica do direito penal e o princípio da intervenção mínima. In: *Caderno PAIC/FAE*, 2014. v. 15. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/73>.

<sup>36</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 16.

<sup>37</sup> Exemplo de uso do direito penal nesse patrulhamento relacionado ao *way of life* imposto é a lei de contravenções penais (Decreto-Lei n. 3688/41). Veja-se o art. 59, com a contravenção penal da vadiagem: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastante de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”. Ainda, o art. 62, que punia “apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo (...)”.

<sup>38</sup> Não obstante a construção (que aqui se faz) esteja a considerar o cenário brasileiro, recomenda-se, nesse ponto e por diretamente interessar, o documentário canadense de 2003 chamado *The Corporation*, que fora baseado no livro *The Pathological Pursuit of Profit and Power*, de Joel Bakan.

<sup>39</sup> BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In: *Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 498. É, de fato, indiscutível o poder que as empresas têm em todo o mundo. Algumas chegam a ter

Dito de outro modo: a liberação da economia em face do Estado, aliada ao modelo social, político e jurídico implementado, conduziu à subversão completa do estado das coisas, levando à submissão do Estado ao poder econômico.<sup>40/41</sup>

Com isso, o Estado recuou da posição ativa de proporcionar produtos e serviços – minorando seu *papel prestacional* – para assumir um (novo) papel *gerencial*. O direito penal é, então, invocado para auxiliar o Estado no controle destes produtos e serviços, agora fornecidos e prestados pelo setor privado.

(...) Posto que a pena se apresenta como um instrumento coativo especialmente efetivo, surge facilmente a ideia de empregá-la em todos aqueles âmbitos nos quais se pretende reforçar as diretrizes estatais, sejam estas disposições de caráter geral ou individuais. Como consequência disso, no século agora passado desenvolveu-se um direito penal acessório quase inabarcável, que em sua maior parte apresenta-se como direito penal administrativo.<sup>42</sup>

Como consequência, verificou-se, no Brasil: (i) a criação de um sem-fim de tipos penais dirigidos, essencialmente, a empresários e agentes financeiros<sup>43</sup>; (ii) a criminalização de condutas até então relegadas a outras esferas do direito

---

um PIB (Produto Interno Bruto) superior ao de muitos Estados. Em pesquisa realizada já em 1999, divulgada por ocasião da reunião da OMC (Organização Mundial de Comércio), em Seattle, sobre as sessenta maiores potências econômicas do mundo, incluindo Estados e empresas, revelou-se que a General Motors estava em 23º lugar, seguida da Dinamarca. Em 26º lugar estava a Ford Motor, seguida da Noruega. O cenário atual comprova ainda mais o cenário de poderio econômico das corporações. A Apple está em 46º lugar, à frente do Vietnã e Portugal. A Amazon está em 56º lugar, mais de onze bilhões à frente do Qatar. O Google está em 61º lugar, logo à frente do Marrocos. A Microsoft está em 66º no ranking, na frente do Sri Lanka. Finalmente, o Facebook está em 70º lugar, empatado com o Azerbaijão. Fonte de consulta: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/08/18/essas-7-empresas-de-tec-tem-receita-anual-maior-do-que-pib-de-alguns-paises.htm>. Mas, não bastasse a questão econômica, note-se que os Estados-nações seguem com seu poder restrito ao âmbito territorial, enquanto as corporações têm seu poder exercido de forma extraterritorial.

<sup>40</sup> BUSATO, Paulo César. *O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 499.

<sup>41</sup> “(...) O Estado-Nação perde sua força, que agora se evapora no espaço global, assim com a sagacidade e a destreza políticas, cada vez mais relegadas à esfera da “vida política” individual e subsidiadas a homens e mulheres. O que resta de força e de política a cargo do Estado e de seus órgãos se reduz gradualmente a um volume talvez suficiente para guarnecer pouco mais que uma grande delegacia de polícia. O Estado reduzido dificilmente poderia conseguir ser mais que um Estado da proteção pessoal.” BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 31.

<sup>42</sup> STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 57.

<sup>43</sup> Veja-se, por exemplo, a Lei n. 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), a Lei n. 8.078/1990 (crimes contra o consumidor), a Lei n. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária), a Lei n. 8.176/1990 (crimes contra a ordem econômica), a Lei n. 8.666/1993 (crimes em licitações), a Lei n. 9.605/1998 (crimes ambientais), a Lei n. 9.613/1998 (crimes de lavagem de dinheiro); a Lei n. 9.983/2000 (crimes previdenciários) e a Lei n. 11.101/2005 (crimes falimentares).



ou da administração pública<sup>44</sup> e, finalmente, (iii) uma série de criminalizações que coloca o direito penal como *guardião* do direito administrativo, remetendo os tipos penais a atos administrativos (gerais ou concretos).

## 1.2 O FENÔMENO DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A sociedade de riscos – *reais e sentidos* –, aliada ao enfraquecimento do Estado-nação, como visto, desembocou na aproximação do direito penal e do direito administrativo. Houve, então, a *administrativização do direito penal* (a ser vista no presente tópico) e a *penalização do direito administrativo* (a ser vista em tópico seguinte).

A administrativização do direito penal não é expressão que possui significado e sentido único. Há quem compreenda o fenômeno como “a utilização do direito penal, pelo Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais”<sup>45</sup>, há quem compreenda o fenômeno como o apoio do direito penal no direito administrativo, situação em que a configuração da tipicidade – ou mesmo da ilicitude – depende de regulamentos, portarias, resoluções e até atos administrativos concretos como autorizações, permissões e licenças<sup>46</sup> e há, ainda, quem compreenda o fenômeno como uma expansão do direito penal ao âmbito historicamente *destinado ao e regulado pelo direito administrativo*<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Como, por exemplo, a não anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, que passa a ser crime punido com reclusão de dois a seis anos. KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da Administrativização do Direito Penal ao Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador. In: *Ciências Penais*, 2011. v. 15.

<sup>45</sup> GUARAGNI, Fábio André in GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 16.

<sup>46</sup> GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v.8; LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, 2013, p. 113.

<sup>47</sup> “Vive-se um momento em que se recorre ao direito penal como *prima* e não como *ultima ratio*. O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para uma desenfreada expansão. Assim, diante da grande quantidade de situações que foram sendo abarcadas pelo direito penal, este acabou se administrativizando, ou seja, sancionando condutas que poderiam ser remetidas a outra área do direito.” KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da Administrativização do Direito Penal ao Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador. In: *Ciências Penais*, 2011. v.15.

Tais compreensões estão todas corretas e são, em verdade, complementares.

### 1.2.1 Direito penal como guardião do direito administrativo

Em primeiro lugar, há que se reconhecer que as normas penais produzidas pelo legislador – em número, aliás, cada vez maior –, são acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas, ou seja, são normas penais que sustentam tais funções, interferindo de modo sub-rogatório<sup>48</sup>.

Há situações em que o direito penal é, portanto e evidentemente, convocado legitimamente. Ora, se o direito administrativo – escorado no poder de polícia e na autoexecutoriedade – mostra-se débil para a (verdadeira) tutela de bens jurídicos relevantes, o direito penal, subsidiário que é, entra em cena.

O problema reside na inversão dessa lógica: quando o direito penal não é subsidiário, mas um *automático reforço* ao direito administrativo, renunciando à tutela de bens jurídicos relevantes e se contentando com a imposição de obediência aos comandos administrativos.

Quando extremada desse modo, a administrativização do direito penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública e visando antes a *organização* do que a *proteção de bens jurídicos*<sup>49</sup>.

O grande problema desse aspecto da administrativização é a desconsideração dos limites necessários à utilização do direito penal. Criminalizam-se matérias meramente organizacionais, condutas ainda não plasmadas como axiologicamente negativas; comportamentos que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves.<sup>50</sup>

Nesse ponto, a administrativização do direito penal representa, portanto, um perigo: transformar o direito penal em mero *guardião* do direito administrativo.

---

<sup>48</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1994, p. 5 e ss. v. 5.

<sup>49</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

<sup>50</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 115.

E há sempre traço de autoritarismo em um Estado que lança mão do direito penal para tutelar a si próprio<sup>51/52</sup>.

Ademais, quando o conteúdo do ilícito penal absorve em sua totalidade disposições de natureza administrativa – caracterizando o modelo de *acessoriedade absoluta* –, a consequência é a *equiparação* da função do direito penal e dos fins da sanção penal à função do direito administrativo e dos fins das sanções administrativas, o que tem impacto direto no princípio do *bis in idem*<sup>53</sup>, como restará demonstrado no decorrer do presente trabalho.

## 1.2.2 Técnicas de tipificação com apoio no direito administrativo

Em segundo lugar, a administrativização do direito penal revela que (muitos dos) tipos penais *se apoiam* no direito administrativo. Ou seja, esses tipos penais “impõem a necessidade de invocar elementos não contidos, decisiva e peremptoriamente, no tipo, ou contidos de modo deficitário”<sup>54</sup>. Tal invocação pode decorrer de *distintas técnicas de reenvio*: tipos penais abertos, leis penais em branco ou *acessoriedade* a atos administrativos concretos<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011. v. 92.

<sup>52</sup> Não se ignora que por vezes o Estado irá, legitimamente, lançar mão do Direito penal para tutelar suas próprias atividades, como acontece, por exemplo, no tradicional capítulo dos crimes contra a administração pública. A consideração crítica aqui reside na deturpação da função do direito penal e na verdadeira renúncia à tutela dos bens jurídicos. Pense-se no seguinte exemplo: um sujeito ingressa, na Prefeitura da cidade em que reside, com um pedido de permissão para cortar uma determinada árvore. A Prefeitura demora meses para dar uma resposta (seja positiva, seja negativa). Cansado de aguardar, o sujeito corta a árvore (sem permissão da autoridade competente). Uma semana após o corte já haver sido realizado, a Prefeitura finalmente defere o pedido do administrado: permissão concedida, pois, após cuidadosa verificação, se concluiu que a árvore poderia ser cortada. Nesse caso, numa primeira análise, há tipicidade da conduta e o sujeito pode ser denunciado, por exemplo, pelo crime disposto no art. 39 da Lei 9605/1998. Ocorre que, analisando o caso concreto narrado, fica evidente que não houve qualquer lesão ao bem jurídico meio ambiente (a árvore que foi cortada poderia ter sido cortada), houve apenas desobediência à Administração pública (pois houve um corte sem que se aguardasse a permissão da autoridade competente). E a denúncia será, estranhamente, por crime contra o meio ambiente. Tal crítica se mantém mesmo que se compreenda o meio ambiente não como bem jurídico-penal, mas como sujeito passivo (e, coincidentemente, como objeto material) dos crimes ambientais (ou seja, como titular de bens jurídicos supraindividuais autônomos), como sugere SPORLEDER DE SOUZA em SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 50, p. 57 – 90, set. – out., 2004.

<sup>53</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011. v. 92.

<sup>54</sup> GUARAGNI, Fábio André in GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 25.

<sup>55</sup> Há, ainda, a dependência *conceitual* do direito penal em face do direito administrativo. É, nas palavras de Luís Greco, a chamada *acessoriedade conceitual*, “que se dá quando a lei penal toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhes atribui este. Por exemplo, os arts. 38 e 39 da Lei n. 9.605/98 falam em ‘florestas de preservação

Inicialmente, tem-se os *tipos penais abertos*, consistentes nos tipos penais que possuem descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se *para o intérprete* o encargo de complementar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas<sup>56</sup>. Como tradicionais exemplos de tipos abertos há os *tipos culposos*<sup>57</sup> e os *tipos omissivos*<sup>58</sup>.

Para a *concretização do tipo penal*, ou seja, para que o intérprete possa realizar a *complementação do tipo*, buscam-se dados de experiência<sup>59</sup>, regras éticas<sup>60</sup>, regras profissionais, normas administrativas e normas jurídicas. Daí resta evidente que, muitas vezes, para que seja possível realizar o fechamento do tipo penal aberto, o intérprete irá se socorrer no direito administrativo.

Para ficar em exemplos bastantes simplificados, pense-se, inicialmente, em uma morte decorrente de acidente de trânsito. Para que o Poder Judiciário possa concluir se houve (ou não) homicídio culposo na direção do veículo automotor, precisará desvendar – dentre outros aspectos – se as normativas administrativas de trânsito foram (ou não) observadas. O mesmo se diga de uma morte decorrente de acidente de trabalho. Para que o Poder Judiciário possa concluir se houve (ou não) homicídio culposo por parte do empregador, precisará verificar – dentre outros aspectos – se as normativas administrativas de segurança no trabalho foram (ou não) observadas.

Há, ainda, as *leis penais em branco*, que se conceituam como tipos penais incompletos<sup>61</sup> e que remetem seu complemento a atos gerais (*erga omnes*) da

---

permanente', termo esse que é definido por um diploma administrativo, o Código Florestal (Lei n. 4.771/65), em seus arts. 2º e 3º. GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 8.

<sup>56</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

<sup>57</sup> Os tipos penais abertos são construções devidas a Hans Welzel (vide WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1956) e sua revisão foi o objeto da conhecida monografia de Claus Roxin, em 1970, que possui tradução para a língua espanhola feita por Enrique Bacigalupo, sob o título *Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Ainda sobre o tema, recomenda-se: D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>58</sup> Quanto aos crimes omissivos próprios, recomenda-se a leitura da obra *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, que corresponde à tese de doutoramento de Fabio Roberto D'Avila, em 2004, perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Professor Doutor José de Faria Costa.

<sup>59</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 86.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 425.

<sup>61</sup> Karl Binding lançou a primeira edição da obra *Die Normen und ihre Ubertretung* (As Normas e sua Violação) no ano de 1872. Foi o penalista alemão que, ao estudar a estrutura das normas e leis penais, constatou a existência de leis incompletas/imperfeitas. Comparou-as a corpos errantes em busca da própria alma e denominou-as *Blankettstrafgesetzen* (Leis Penais em

Administração Pública<sup>62</sup>. O exemplo clássico de lei penal em branco é o crime de tráfico de drogas, que, no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 tipifica a venda (e outros tantos verbos) *de drogas*. Não há na lei penal o *conceito de drogas* e tampouco é o intérprete (Poder Judiciário), como no caso dos tipos abertos, que faz o fechamento do tipo penal. A integração advém de *ato geral do Poder Executivo*, mais especificamente da Portaria n. 344/98 da Anvisa, ou seja, da Administração Pública<sup>63</sup>.

Não é errado afirmar que parcela significativa do direito penal econômico tipifica crimes através de leis penais em branco e, conseqüentemente, que parcela significativa do direito penal econômico remete as leis penais ao direito administrativo. Basta pensar nos crimes tributários, crimes financeiros, crimes ambientais, crimes contra o consumidor, etc.

Também não é errado afirmar que as leis penais em branco, justamente em razão da aproximação do direito penal e do direito administrativo, encerram perigos aos princípios tradicionais do direito penal<sup>64</sup>.

Veja-se, por exemplo, que o *princípio da legalidade* – em sua vertente formal/política, que impõe que criminalizações advenham do Poder Legislativo -

---

Branco). GUARAGNI, Fábio André in GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>62</sup> Não se ignora que a tradicional doutrina e a jurisprudência brasileira – inspiradas pela doutrina alemã, mais especificamente por MEZGER – classificam as leis penais em branco em duas classes. “Normas impropriamente em branco e leis penais em branco propriamente ditas. No primeiro caso, há fontes formais homogêneas na formulação da norma, apesar do preceito depender de lei não penal para complementá-lo. Na segunda hipótese, as fontes formais são heterogêneas, porque o órgão legisferante é diverso”. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 148. Compreendemos, porém, que essa distinção incorre em equívoco conceitual, ao confundir leis penais em branco impróprias com *elementos normativos do tipo*. Assim, entendemos que leis penais em branco – inclusive em razão das suas funções de (i) flexibilização e atualização da lei penal e de (ii) trazer conhecimento específico e aprofundado em âmbitos altamente formalizados, as quais não estariam perfectibilizadas caso a lei remetesse à outra lei de mesma hierarquia – são apenas as leis penais em branco próprias, que remetem seu complemento aos órgãos legisferantes diversos, ou seja, ao Poder Executivo. Sobre isso nos debruçamos com mais vagar no trabalho: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>63</sup> Também não se ignora a crítica doutrinária sobre eventual inconstitucionalidade das leis penais em branco propriamente ditas, por violação ao princípio da legalidade – vez que a proibição nasce, ao cabo, quando da regulamentação por órgão *diverso do legislativo* –, como, por exemplo, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008 e ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. (A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e Conseqüências. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, 2007. Também sobre a questão da (in)constitucionalidade das leis penais em branco pudemos tratar detalhadamente no estudo: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>64</sup> Sobre o tema, já nos manifestamos em: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

– resta arranhado, uma vez que as criminalizações apenas se concretizam com a complementação das leis penais, advindas do Poder Executivo. Ainda, o *princípio da taxatividade* – que impõe ao legislador que as leis penais sejam claras, objetivas, sem obscuridades e ambiguidades – resta arranhado, posto que as leis penais são integradas por atos gerais elaborados *não pelo legislador*, mas por órgãos da administração pública que não possuem a mesma obrigação/cuidado ao elaborar a redação de seus atos<sup>65</sup>.

Por fim, há as leis penais que fazem *remissão a atos concretos da Administração Pública*, técnica legislativa chamada de *acessoriedade administrativa* (concreta/individual)<sup>66</sup>. Nesses casos, o crime não depende de complementação por parte de ato geral (*erga omnes*) da Administração, mas da verificação se, no caso concreto, havia licença, autorização, permissão, vedação, interdição, etc.<sup>67</sup>

Diferentemente das técnicas legislativas acima expostas, o tipo penal, aqui, não se caracteriza como um tipo penal *pendente de complementação/integração*. Usualmente construídos através de formulações típicas como “praticar a conduta tal sem permissão da autoridade competente” e “praticar a conduta tal sem autorização do órgão competente”, estes tipos penais *preveem a proibição completa*: o que se remete à autoridade administrativa é a concretização, a mediação de provimentos administrativos e de prescrições *ad hoc*.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Dito de modo simplificado: o Banco Central, por exemplo, quando redige seus atos – que servirão posteriormente de complemento às leis penais em branco que tipificam crimes financeiros – não está preocupado em integrar uma lei penal, mas em regulamentar o próprio setor. Assim, não está atento às regras impostas pelo princípio da taxatividade, com o qual a Administração Pública não guarda a mesma relação/submissão que o legislador penal.

<sup>66</sup> Sobre o tema e sua problematização, recomenda-se a leitura de GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 8.

<sup>67</sup> “(...) Pululam na lei penal os casos de dependência de atos da administração, o que comumente se caracterizou como ‘a acessoriedade administrativa’ em sentido estrito. (...) Diferenciam-se das normas penais em branco porque estas são dependentes de normas administrativas gerais, que não se referem a casos concretos, como por exemplo, as portarias da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) que define quais as substâncias entendidas como drogas. No caso desta categoria de acessoriedade (sic), depende-se da decisão administrativa, como no caso do art. 29 da Lei 9.605/1998, cujo crime contra a fauna apenas ocorre se o agente estiver desprovido da devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 85.

<sup>68</sup> RIVA, Carlo Ruga. *Diritto Penale dell’Ambiente*. Torino: Giappichelli Editore, 2011, p. 36.

De qualquer modo, é evidente a íntima relação entre direito penal e direito administrativo nesses casos. E são também evidentes os problemas que daí decorrem, tanto no campo da política criminal, quanto no âmbito dogmático.

Dentre os problemas de natureza política, apontem-se dois elencados por GRECO: primeiro, a inevitável tensão que surge entre um direito penal, preponderantemente movido pela lógica da legalidade, e um direito administrativo, guiado por espaços de oportunidade e discricionariedade. Segundo, o fato de a eficiência do direito penal na tutela dos bens jurídicos estar condicionada à eficiência do direito administrativo: se as autoridades administrativas forem negligentes em sua atuação, o direito penal está, conseqüentemente, fadado à ineficiência na proteção<sup>69</sup>.

Somem-se a estes problemas outro já constatado no presente estudo: a possibilidade de o direito penal renunciar à legítima tutela de bens jurídicos e centralizar seus esforços na punição daqueles que descumprem os mandamentos da Administração, (con)fundindo as funções do direito penal e do direito administrativo, bem como das sanções penais e administrativas.

Por fim, registre-se a existência de um rol de problematizações de caráter dogmático, todas (bem) detalhadas por GRECO<sup>70</sup>. A um, questiona-se se o direito penal que entrega à Administração a competência para definir quais condutas estão definitivamente proibidas não viola o princípio da legalidade. A dois, questiona-se sobre os efeitos de um ato autorizativo (concessão) ou proibitivo (não concessão) que padeçam de alguma ilegalidade. A três, questiona-se sobre as conseqüências que serão impostas a um particular que pratica determinada conduta e não dispõe do ato autorizativo, mas que faz jus ao tal ato e, por fim, questiona-se sobre as conseqüências penais em situação em que a Administração *informalmente tolera* – não obstante formalmente não tenha autorizado – o comportamento do particular<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 8. O autor dá o seguinte exemplo a este segundo problema: “basta, por ex., uma administração tolerante na concessão de permissões para corte de árvores em floresta de preservação permanente e o direito penal já se verá impedido de entrar em cena”.

<sup>70</sup> GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 8.

<sup>71</sup> Ao presente estudo interessa precipuamente revelar a tensão causada pela aproximação do direito penal e do direito administrativo, razão pela qual elencamos referidos problemas. Porém, a resposta a cada um deles demanda detalhamento que foge ao escopo do presente estudo, razão pela qual, nesse ponto, apenas remetemos o leitor ao artigo de Luís Greco, que aborda detalhadamente cada uma das questões. GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o

A administrativização do direito penal, portanto, transparece em distintas técnicas legislativas que, ao criminalizarem condutas, fazem remissão ao direito administrativo.

### 1.2.3 Direito penal vestindo roupagem do direito administrativo

Ainda e finalmente, outros aspectos são marcantes na administrativização do direito penal. Esse âmbito do direito passa a atuar *marcado por características* que eram, até então, pertencentes essencialmente ao direito administrativo.

É o caso, por exemplo, da larga utilização pelo direito penal (denominado *moderno*<sup>72</sup>) dos chamados *crimes de perigo* – em especial crimes de perigo *abstrato*<sup>73</sup>.

Nos crimes de perigo abstrato, segundo FIGUEIREDO DIAS, “o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição”, pois, nesses crimes, “são tipificados certos comportamentos em nome de sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite ser comprovada no caso concreto”<sup>74</sup>.

O aumento do uso de tipos penais dessa natureza “pode ser entendido em razão da difundida ideia de que tal estrutura proporcionaria uma proteção

---

Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. v. 8.

<sup>72</sup> Hassemer afirmava que o crime de perigo abstrato é *a forma delitosa da modernidade*. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 198.

<sup>73</sup> A doutrina costuma distinguir entre *delitos de lesão/dano* – nos quais a conduta resulta em dano imediato ao bem jurídico/interesse protegido – e *delitos de perigo* – nos quais a conduta não ocasiona, imediatamente, o dano ao bem jurídico, mas conduz à situação da qual tal dano pode advir. Ou, noutras palavras, “os crimes de perigo se aperfeiçoam com a probabilidade de dano, ao passo que os de dano apenas se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico”. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 222. Ainda, os crimes de perigo são bipartidos em *perigo concreto* e *perigo abstrato* a depender da relevância do perigo para a consumação da infração. Para a doutrina majoritária, os crimes de perigo concreto exigem que o julgador verifique se o bem jurídico foi exposto a um perigo real, enquanto nos crimes de perigo abstrato o legislador, segundo regras de experiência, presume que algumas condutas são, na generalidade dos casos, fonte de perigo ao bem jurídico. Nesses casos, a decisão sobre o perigo é prévia, centrada no legislador, sem a necessidade de comprovação caso a caso. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 183. Renato de Mello Jorge SILVEIRA ressalta que, nesses casos, há um deslocamento da decisão do perigo do juiz para o legislador: “a presunção *juris et de jure* do perigo obriga o aplicador da lei a não considerar o caso fático, aplicando a lei *in genere*.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

<sup>74</sup> DIAS, FIGUEIREDO. *Direito Penal: Parte Geral, tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.



mais adequada ao bem jurídico”<sup>75</sup>. Isso porque “despidas da exigência de um resultado de dano ou de perigo, essa modalidade típica afastaria dificuldades tanto na esfera dos requisitos do tipo penal quanto no campo probatório, permitindo uma tutela supostamente mais eficaz”<sup>76</sup>.

FARIA COSTA bem constata que, no caso dos crimes de perigo abstrato, existe, portanto, clara antecipação na defesa do bem jurídico, de modo que há, por parte do direito penal, renúncia à (clássica) exigência de efetivo dano, *havendo satisfação com a(s) ameaça(s) ao bem jurídico*<sup>77</sup>, o que é, historicamente, característica da punição no âmbito direito administrativo.

De mãos dadas com os crimes de perigo abstrato está a noção dos *crimes por acumulação*<sup>78</sup>: “uma categoria de crimes cuja relevância penal seria encontrada não em uma geral perigosidade, mas apenas na hipótese de sua acumulatividade”<sup>79/80</sup>

Dito de outra maneira, são condutas que, individualmente consideradas, se revelam inofensivas em relação ao bem jurídico tutelado – incapazes de gerar dano ou perigo de dano –, mas que, *quando encaradas a partir da possibilidade de acumulação* (ou seja, a partir da possibilidade da prática por um número significativo de pessoas), se tornam ofensivas.

“Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico-penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstrato,

---

<sup>75</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32 e 33.

<sup>76</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

<sup>77</sup> FARIA COSTA, José de. *Comentário conimbricense do Código Penal*, t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 865.

<sup>78</sup> A doutrina não é unânime na utilização dessa terminologia: crimes por acumulação, delitos cumulativos, delitos ou tipos aditivos, de acumulação, por acumulação e até crimes químicos ou matemáticos. CAETANO, Matheus Almeida. *Delitos de acumulação e ofensividade no Direito Penal Ambiental da Sociedade de Risco*. Dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 167.

<sup>79</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 120.

<sup>80</sup> A construção dogmática dos *Kumulationdelikt* deve-se à obra de Lothar Kuhlen, que tratava especialmente do delito de contaminação de águas, previsto no Código Penal Alemão (§ 324 do StGB). No caso tratado por Kuhlen, pequenas propriedades suinocultoras, localizadas ao longo de um rio, lançavam dejetos em quantidade (ligeiramente) acima do permitido pelas regras administrativas. Apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados por cada uma das propriedades – o que tornava a conduta *isolada* atípica penalmente -, constatou-se que a *soma* dos poluentes despejados no rio significava uma deteriorização grave da qualidade da água, devendo ser objeto de preocupação penal.

é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número”<sup>81</sup>.

Interessa ao presente trabalho notar que a construção dos crimes por acumulação se baseia em pensamento – originário da filosofia moral – que norteia historicamente o direito administrativo e não o direito penal: a ideia de *what if everybody did it?*, ou seja, *e se todos fizerem o mesmo?*<sup>82/83</sup>

Agora, porém, o direito penal dá um passo em direção ao direito administrativo e passa também a criminalizar condutas cujo potencial ofensivo está não no *agir individual*, mas no *potencial agir coletivo*<sup>84</sup>. Portanto, os crimes por acumulação – assim como os crimes de perigo abstrato - não deixam de revelar traços de uma administrativização do direito penal<sup>85</sup>.

### 1.3 O FENÔMENO DA PENALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

---

<sup>81</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119.

<sup>82</sup> Nesse ponto, vide a obra *The moral limits of the criminal law*, publicada em 1987, por Joel Feinberg, autor vinculado à Universidade do Arizona, Estados Unidos.

<sup>83</sup> “O recorte filosófico dessa estruturação parte da ideia de não se tolerar que pessoas obtenham vantagem injusta de suas abnegações de virtude em desrespeito aos demais membros da sociedade. Tais pessoas recebem a denominação de *freeloaders* ou *Trittbrettfahrer*. DAVID, Décio Franco. *Delitos de acumulação e proteção ambiental*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 321. “*Free rider* é aquele que pega carona no transporte coletivo, uma espécie de passageiro fantasma, que usufrui do serviço público, custeado por todos os usuários, extraindo somente para si um aproveitamento indevido. Ele explora o sentido cooperativo de outros em benefício próprio, sem dar nada em troca. Para que este possa aproveitar gratuitamente de um serviço pago, contudo, é necessário que todos cumpram a lei e sigam seu dever de pagar pela viagem, ou seja, o *free rider* extrai para si uma vantagem indevida, à custa da perda coletiva e do cumprimento da norma por todos. (...) É neste sentido que Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers fundamentam os delitos por acumulação na obrigação de solidariedade, ‘para garantir que cada um receba o que é seu’.” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. In: *Revista Liberdades*, n. 14. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

<sup>84</sup> Aqui estamos, vale registrar, apenas a constatar tal fenômeno – e não a concordar com ele.

<sup>85</sup> Não se ignora toda a crítica doutrinária feita tanto aos crimes de perigo abstrato (que seriam inconstitucionais por violação ao princípio da ofensividade), quanto aos crimes por acumulação (que seriam inconstitucionais por violação ao princípio da culpabilidade). Por razões metodológicas, o presente trabalho não pode contemplar de forma aprofundada tais discussões, mas há que se fazer o registro de que tais críticas devem ser *repensadas* ou, ao menos, *reformuladas*. *Sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*, desde que vistos sob novo enfoque (baseado no referencial filosófico de matriz heideggeriana) e não através da ideia de presunção de perigo absoluta, sem possibilidade de prova contrária no caso concreto, recomenda-se a leitura de D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105 e ss. *Sobre a constitucionalidade dos crimes por acumulação*, também defendida com base na filosofia heideggeriana e com respeito à noção de responsabilidade individual, subjetiva e pelo fato, recomenda-se a leitura de DAVID, Décio Franco. *Delitos de acumulação e proteção ambiental*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

Se, como visto, o direito penal caminha em direção ao direito administrativo, também é incontroverso que o direito administrativo caminha, com passos firmes, em direção ao direito penal. Essa constatação, que torna o direito administrativo cada dia mais *sancionador*, foi tratada por parte da doutrina como uma espécie de *penalização do direito administrativo*<sup>86</sup>.

Interessa analisar que, historicamente, havia identificação entre ilícito administrativo e ilícito penal<sup>87</sup>. A separação entre ambos adveio, especialmente, das reformas francesas e objetivou – em razão do próprio *Zeitgeist* – a *limitação* do poder sancionador estatal: sanções mais brandas seriam aplicadas pelo direito administrativo (poder de polícia) e sanções mais graves seriam aplicadas pelo direito penal, permitindo um controle judicial quando o tema tocasse (n)a liberdade do cidadão<sup>88</sup>.

No início do século XX, porém, a ideia iluminista de que o Estado existe *para o indivíduo* – jamais o oposto – sofreu mutações. Foram, então, estruturados os modelos de Estado forte, interventor nos mais variados âmbitos da vida privada e promovedor de bem-estar social<sup>89</sup>. Em razão, novamente, do *Zeitgeist*, houve a ampliação do sistema de sanções administrativas<sup>90</sup>: o Estado, através do direito administrativo, regulamentava, fiscalizava, provia e – como não? – punia.

O inchaço do direito administrativo sancionador, à época, também se deu pela transferência de competências do direito penal para o direito administrativo,

---

<sup>86</sup> Com o uso de tal termo, por exemplo, Massimo Donini em: *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 97 e ss. Também Laura Zuñiga Rodríguez, com o provocativo: Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: ¿Hacia una administrativización del Derecho penal o una penalización del Derecho administrativo sancionador, in NIETO MARTÍN, Adán (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 1417 e ss.

<sup>87</sup> GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In PRATS, Fermín Morales; OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, 2001, p. 295.

<sup>88</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. rev. Madrid: Tecnos, 2008, p. 45 e ss. Para um aprofundamento a respeito da evolução do direito administrativo sancionador, recomenda-se a leitura desta obra de Nieto García.

<sup>89</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 16.

<sup>90</sup> ALAGIA, SLOKAR e ZAFFARONI criticam esse (nas palavras dos autores) *suposto direito penal administrativo*, marcante no início do século XX, na Alemanha, em razão da planificação econômica e regulamentadora do império guilhermino e emprestado pela Argentina, posteriormente, como argumento legitimador da arbitrariedade policial. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2014, p. 215.

decorrente do esforço de países europeus<sup>91</sup> em restringir a amplitude que marcava o direito penal – especialmente no período bélico – “descriminalizando uma grande parcela das condutas de menor potencial ofensivo, através da criação de regras de direito administrativo sancionador, regimes de faltas ou contravenções, e normas de ‘contraordenação’”<sup>92</sup>.

Portanto, do período iluminista ao início do século XX o que se nota é um movimento pendular relacionado à opção ideológica estatal: ora o Estado fortalece seus sancionamentos advindos do direito penal – permitindo maior controle judicial às liberdades humanas – e esvazia seus sancionamentos administrativos; ora, o oposto: fortalece seus sancionamentos advindos do direito administrativo e desincha o direito penal.

Caminhando para o final do século XX, porém e em razão das transformações sociológicas já expostas nos itens 1.1.1.1 e 1.1.1.2, o cenário é outro: há, de um lado, a hipertrofia do direito penal<sup>93</sup> e, de outro, a hipertrofia do direito administrativo<sup>94</sup>. Com ambos se expandindo, a consequência é, primeiro, a *aproximação* entre direito penal e direito administrativo, com fronteiras cada vez menos demarcadas entre os dois âmbitos. Segundo, a *proliferação de leis sancionatórias estatais*, que acabam, então e por vezes, *se sobrepondo*. Tem-se, com isso, um cenário em que sanções estatais ora se confundem, ora se cumulam, ora se confundem e cumulam.

### 1.3.1 A proliferação de leis sancionadoras estatais

No Brasil, nestes (pouco mais de) trinta anos de vigência da Constituição, afora a inegável – e já exaustivamente discutida – expansão do direito penal, se existe um regime jurídico-administrativo que tem, progressivamente, se expandido e reconfigurado, é o direito administrativo sancionador<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Em especial França, Itália e Alemanha.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 102.

<sup>93</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>94</sup> MIR, Cerezo. *Curso de Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e ss.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: *Revista Interesse Público*, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020, p. 83 e ss.

A Constituição Federal de 1988 inaugura o período de vigência do modelo de Estado Social e Democrático de Direito. De um lado, o Estado *Social* projeta-se no dever estatal de proteção de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, o que compele à expansão dos campos de atuação administrativa. De outro lado, o Estado *Democrático*, ao impor o pluralismo político e a consagração de instrumentos de participação dos administrados e da sociedade na política pública, resulta na crescente administrativização da vida social<sup>96</sup>.

Sob tal figurino constitucional, assiste-se, (desde) então, uma contínua progressão da atividade administrativa e, conseqüentemente, uma contínua expansão – em diversas direções – do direito administrativo sancionador<sup>97</sup>.

Na esfera jurídica da própria Administração Pública, em matérias como regime disciplinar de diversas funções públicas (âmbito civil e militar), licitações e contratos, utilização de bens públicos e serviços públicos. Na regulamentação de atividades sujeitas a competências ordenatórias, típicas de polícia administrativa, como segurança pública, trânsito, meio ambiente, saúde pública, proteção de consumidores, ordem financeira, tutela da concorrência, tutela da ordem urbanística, mercados de valores mobiliários, pesos e medidas, patrimônio cultural etc. Na regulação de setores sociais e econômicos relevantes, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, transportes terrestres e aquaviários, águas, aviação civil, saneamento básico, educação, terceiro setor etc. Na tutela da probidade, no regramento de códigos de conduta e de ética, da improbidade administrativa, de atos lesivos à administração nacional e estrangeira etc.<sup>98</sup>

Portanto, para a percepção clara da expansão do direito administrativo sancionador – que nada mais é do que o direito administrativo caminhando em

---

<sup>96</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: *Revista Interesse Público*, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020, p. 83 e ss.

<sup>97</sup> Esse acréscimo de funções conferidas à administração pública acarretou o aumento na produção normativa no que se refere à própria atuação administrativa, trazendo, tais normas, deveres para os administrados: comportamentos a serem adotados ou a serem suportados pelos particulares – e, naturalmente, na intenção de garantir o cumprimento de tais normas, há o acréscimo na previsão de sanções a serem impostas pela administração pública. É assim que começa a surgir uma ordem normativa administrativa, "de um conjunto de princípios, de atividades e de entidades que visam a favorecer a missão administrativa última, a prossecução do interesse público". PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35. "Esse movimento é quase mundial e a tendência é, querendo ou não, o fortalecimento do direito administrativo sancionador, o que vem exigindo – a *contrario sensu* – o fortalecimento doutrinário (e jurisprudencial) dos mecanismos de proteção dos acusados em geral em face da potestade administrativa sancionadora". FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 156.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In *Revista Interesse Público*, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020, p. 83 e ss.

direção ao direito penal e se transformando em um direito administrativo *penalizado* –, “basta olhar o cotidiano de todas as Administrações Públicas, em todos os níveis federativos”<sup>99</sup>.

Mas o cenário envolvendo o direito administrativo sancionador, hoje, no Brasil, é (ainda) mais amplo e complexo. Isso porque há sanções editadas por órgãos e entes da administração pública direta e indireta do Poder Executivo, mas há também sanções de direito administrativo sancionador editadas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas, etc.<sup>100</sup>

Portanto, ao presente trabalho interessa constatar não apenas o enrijecimento do direito administrativo sancionador – no sentido de que as sanções (penalizações) impostas estão cada vez mais amplas e graves<sup>101</sup> –, mas também evidenciar a *proliferação* de leis sancionadoras estatais.

De início, registremos o advento, em 1992, através da Lei n. 8.429, da denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA)<sup>102</sup>. Tal legislação dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos<sup>103</sup> – servidores ou não,

---

<sup>99</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

<sup>100</sup> Essa expansão do direito administrativo sancionador não fica imune a críticas. Assim como a expansão do direito penal gera críticas no âmbito principiológico, dogmático e de política criminal, também assim acontece na esfera do direito administrativo sancionador. NIETO bem elenca tais críticas: primeiro, o fato de a Administração Pública escolher circunstancialmente os fatos que lhe interessa sancionar, deixando que o destino de cada administrado esteja incerto, dependendo apenas de seu capricho em castigá-lo (ou não). Segundo, a proliferação significativa de normas sancionadoras dificulta o prévio conhecimento por parte dos administrados: se desconhecidas, as normas tendem a ser ignoradas. Por fim, a banalização do uso de sanções administrativas contribui para a legitimação do arbítrio e da violência estatal. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. rev. Madrid: Tecnos, 2008, p. 25 e ss.

<sup>101</sup> Daniel Ferreira e Marina Esteves Nonino trazem exemplo (problemático) desse desenfreado agravamento das sanções administrativas: a recente criação do art. 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), operada por meio da Lei n. 13.281/2016, que capitula como infração gravíssima o comportamento do motorista no sentido de “recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa (...)”, fazendo-a desarrazoadamente (*rectius*, absurdamente) equivaler, em importância e repercussão, à própria conduta de “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, prevista no art. 165 do mesmo código. NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo Sancionador Na Sociedade De Riscos. In *Percurso*, v. 2, n. 19, p. 258, 2017. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/238>>.

<sup>102</sup> Fábio Medina Osório, na obra específica sobre a Improbidade Administrativa, recomenda que a Lei de Improbidade Administrativa seja renomeada como Código Geral de Conduta (dos agentes públicos brasileiros). “A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções jurídicas às posturas transgressoras”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 163.

<sup>103</sup> Entendidos, aqui, em caráter amplo: reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação,

englobando os agentes políticos<sup>104</sup> e mesmo os particulares<sup>105</sup> – nos casos em que violam o dever de agir com probidade.

A repressão à improbidade administrativa tem matriz constitucional – art. 37, §4º. Tal dispositivo aduz que atos de improbidade administrativa importarão nas seguintes sanções, especialmente direcionadas aos agentes públicos: suspensão dos direitos políticos<sup>106</sup>, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. A legislação infraconstitucional, por sua vez, além da previsão de tais sanções, também contempla – inclusive para atingir o particular – o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios<sup>107</sup>.

Não obstante a Lei de Improbidade Administrativa seja, portanto, concretização de um mandamento constitucional – que prevê, ademais, sua cumulatividade com as ações *penais* cabíveis –, desde o início foi objeto de crítica por parte da doutrina no que refere à inquestionável *proximidade* do conteúdo da referida lei e de tipos penais preexistentes no ordenamento, afora

---

designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em entidades públicas (assim consideradas, inclusive, aquelas em que há custeio por parte do erário), conforme evidenciam os arts. 1º e 2º da Lei n. 8.429/1992.

<sup>104</sup> Nesse sentido a doutrina, vide, por exemplo, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na lei de improbidade administrativa – análise dos seus principais aspectos. In *Revista de Processo*, 2017, p. 343 a 382. v. 274. Nesse sentido, também, a jurisprudência: “a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967 e na Lei n. 1.079/1950”. STJ, AgInt no AREsp 1229652/RS, Segunda Turma, Min. Rel. Og Fernandes, Dje 15.09.2020.

<sup>105</sup> “(...) É inarredável a possibilidade de responsabilização de particulares – não só de agentes públicos – nas condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa (art. 3º da Lei 8.429/92), de modo que a condenação dos particulares pela prática das condutas previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (violação aos princípios da administração pública), autoriza a aplicação das penalidades conforme parâmetros dispostos no art. 12, III, da LIA. Repise-se que o art. 3º, da Lei 8.429/92, é expresso ao preservar a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzirem ou concorrerem para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta”. STJ, AgInt no AREsp 1628895/SP, Segunda Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, DJe 03.09.2020.

<sup>106</sup> Direitos políticos seriam o conjunto de direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo”. ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional. In: *Revista brasileira de direito eleitoral*, n. 9, 1996, p. 09-22.

<sup>107</sup> Nesse ponto, entende a doutrina majoritária que não há qualquer inconstitucionalidade no fato do legislador ordinário criar (novas) sanções, distintas das previstas no texto da Constituição. “O art. 37, §4º, da CF/1988, mencionou expressamente algumas penas para os atos de improbidade administrativa, mas não restringiu a liberdade de conformação do legislador ordinário, seja para formular casos específicos de improbidade administrativa, seja na fixação de limites mínimos e máximos para as penas, seja para a criação de novas reprimendas”. MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa – considerações sobre a Lei 8.429/92. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 11, 1995, p. 49-62.

a coincidência com sanções já previstas na legislação penal, civil e administrativa.<sup>108</sup>

Em 2013, o Brasil contemplou o nascimento de nova lei sancionadora: a Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção<sup>109</sup>. O principal objetivo de tal Lei – a sua *razão de existir* – “está na construção de mecanismos legislativos que determinem a responsabilização imediata de pessoas jurídicas, por meio da prévia definição normativa de sua responsabilidade objetiva caso se dê a prática de determinados atos por meio de seus funcionários, acionistas e diretores”<sup>110</sup>.

A Lei Anticorrupção sanciona a prática de atos contra a administração pública – nacional ou estrangeira – com penas de multa significativas, vez que calculadas em percentuais do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo<sup>111</sup>, bem como com a publicação extraordinária da decisão condenatória<sup>112</sup>.

Ademais, está expresso em tal Lei que a punição da pessoa jurídica – no âmbito administrativo e civil – não afasta a possibilidade de punição individual

---

<sup>108</sup> No sentido dessa proximidade, reconhecida como “quase sobreposição”, veja-se, por exemplo GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Org. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. No referido artigo, porém, não obstante reconheça os (muitos) pontos em comum entre os ilícitos previstos na LIA e os ilícitos penais, bem como das sanções previstas na LIA e no direito penal, GUARAGNI tenta harmonizar a convivência cumulativa de ambas as esferas – sem que isso possa ser considerado uma violação ao princípio do *ne bis in idem*. O presente trabalho se posicionará a respeito nos capítulos que seguem. Ainda, no sentido de que as sanções impostas pela LIA devem ser interpretadas à luz dos princípios atinentes ao direito penal, vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>109</sup> Não se ignora que a Lei Anticorrupção tenta inverter a lógica tradicional de “combate à corrupção”, prevendo incentivos econômicos para que as pessoas jurídicas incorporem mecanismos de *compliance*, ou seja, adotem mecanismos *preventivos* que impeçam, ou ao menos minorem, a prática de atos de corrupção. Porém, não deixa de ser, em absoluto, uma lei sancionadora, ao prever também *punições*.

<sup>110</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões. In: *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 299.

<sup>111</sup> “Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.”

<sup>112</sup> Conforme esclarece o §5º do art. 6º: “a publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.”



dos dirigentes, administradores ou qualquer pessoa física que tenha atuado como autora, coautora ou partícipe no ato ilícito.

Referida legislação é, dúvida não há, mais um ponto de encontro entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Veja-se que a Lei Anticorrupção não prevê penas privativas de liberdade – o que é natural, vez que é destinada às pessoas jurídicas –, nem tampouco admite expressamente sua relação íntima com o direito penal<sup>113</sup>. Mas tal relação é inegável. Seja pela extensão/gravidade de seus sancionamentos, seja pela previsão de institutos que tocam o direito penal (como, por exemplo, o Acordo de Leniência e o *criminal compliance*)<sup>114</sup>.

Afora tais legislações, que dependem (ao menos em parte) da atuação do Poder Judiciário<sup>115</sup>, há que se reconhecer que houve, no Brasil, o surgimento e a expansão do fenômeno descrito como “agencificação”, ou estabelecimento de “autoridades administrativas independentes”, na esteira do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995, e reformas constitucionais e legais subsequentes<sup>116</sup>.

Com isso, o direito administrativo sancionador brasileiro “presenciou a criação de diversas autarquias com competências regulatórias e, dentro dessa atribuição ampla, tais entidades administrativas foram investidas com

---

<sup>113</sup> Já no primeiro artigo da Lei há, expresso, que “esta lei dispõe sobre a responsabilização objetiva *administrativa e civil* de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

<sup>114</sup> Nesse sentido, recomendamos a leitura do artigo “O acordo de leniência na Lei Anticorrupção”, de Renato de Mello Jorge Silveira, publicado na Revista dos Tribunais, em 2014, p. 157 a 177. v. 947. Vide, por exemplo, o trecho em que o autor afirma que “a ideia aqui plasmada como Acordo de Leniência pode ser vista, de fato, como uma das formas ideais de supervisão da eficácia de um programa de *compliance*. As noções de autorregulação regulada, síntese maior da percepção de *compliance*, tem, de modo geral, uma ampla proximidade com o Direito Penal. Ela gera um sistema de *enforcement* particular que tem, por sua vez, um emparelhamento às noções de *due diligence* exigidas pelo mundo econômico. Pois bem, apesar de se imaginar que a responsabilidade das pessoas jurídicas, no caso brasileiro, não seja de caráter penal, substancialmente o é. Atesta, nesse sentido, Nieto Martín, ao mencionar que ao *compliance* não interessam os complexos debates do Direito Penal Econômico sobre a tipicidade de uma ou de outra conduta. Na realidade, tem-se que o cumprimento dos programas de *compliance* devem se dar em um momento pré-típico, em um caráter preventivo de crimes. Embora o desenlace da Lei 12.846/2013 não seja penal, ela diz, sim, respeito ao Direito Penal. Isso, para não se falar que, substancialmente, os institutos que regem seu substrato são de Direito Penal.”

<sup>115</sup> A Lei Anticorrupção, como se sabe, prevê sanções aplicáveis pelo Poder Executivo e sanções que dependem da atuação do Poder Judiciário.

<sup>116</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte ano 22, n. 120, 2020.

competências sancionadoras em relevantes setores da vida social.”<sup>117</sup> Portanto, o desenvolvimento dos marcos regulatórios e sancionatórios na esfera administrativa das agências constituiu importante impulso para a progressiva expansão do regime jurídico-administrativo sancionador estatal.

Veja-se, por exemplo, que em 2017 adveio a Lei n. 13.506, que dispõe sobre – ou melhor, que atualiza – o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

No que refere às penalidades aplicáveis pelo Banco Central (BACEN)<sup>118</sup>, prevê o art. 5º da Lei a (i) admoestação pública<sup>119</sup>, (ii) multa<sup>120</sup>, (iii) proibição de prestar determinados serviços para as instituições financeiras, (iv) proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, (v) inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de instituição financeira e, por fim, (vi) cassação de autorização para funcionamento<sup>121/122</sup>

Ao tema do presente trabalho – multiplicidade sancionatória estatal –, interessa registrar, ainda, que tal Lei reconhece, em seu art. 7º, §4º, não apenas a possibilidade de cumular mecanismos sancionatórios estatais, como tenta traçar diretrizes para quando houver tal cumulatividade: estabelece que os créditos oriundos de condenação do apenado ao pagamento de indenização em ação civil pública, movida em benefício dos clientes e credores – ou de outros mecanismos de ressarcimento –, preferirão aos créditos oriundos de aplicação da penalidade de multa.

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 1202020.

<sup>118</sup> Para aprofundamento no tema, sugere-se a obra *Sanções Administrativas aplicadas pelo Banco Central do Brasil*, de Eduardo Tognetti, publicada pela KDP, em São Paulo, em 2017.

<sup>119</sup> A admoestação pública consistirá na publicação de texto especificado na decisão condenatória, que deverá conter, no mínimo, o nome do condenado, a conduta ilícita praticada e a sanção imposta, na forma e nas condições estabelecidas em regulamentação. Tal publicação será feita no sítio eletrônico do órgão ou autarquia que tenha aplicado a penalidade, sem prejuízo de outros locais previstos em regulamentação, e será às expensas do infrator.

<sup>120</sup> A multa será (i) ou de 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração ou (ii) de dois bilhões de reais – nunca excedendo o maior destes valores. O pagamento será feito em trinta dias.

<sup>121</sup> Se aplicada a cassação de autorização para funcionamento, a instituição apenas permanecerá sob supervisão do próprio Banco Central, enquanto mantiver em seu patrimônio operações privativas de instituição financeira.

<sup>122</sup> Isso sem contar eventuais medidas acautelatórias e coercitivas, previstas na Seção V da referida legislação.

Já a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pode aplicar, cumulativamente ou não, as seguintes penalidades às pessoas físicas e jurídicas que atuam neste âmbito<sup>123</sup>: (i) advertência, (ii) multa pecuniária<sup>124</sup>, (iii) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas que atuam neste âmbito; (iv) cassação<sup>125</sup> ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Ainda considerando as autarquias com poder sancionador, importa registrar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça que busca regulamentar, fiscalizar, investigar e sancionar a matéria concorrencial.

A Lei n. 12.529/2011 elenca, em seu terceiro capítulo, as penas que o CADE poderá impor. Tratam-se de (i) multas<sup>126</sup>, (ii) publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; (iii) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por prazo não inferior a cinco anos; (iv) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (v) restrições de direitos como licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, proibição de exercer comércio em nome próprio, etc.

Os Tribunais Superiores já se manifestaram, especificamente sobre o CADE, sobre a inexistência de *bis in idem* quando da instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo para a investigação e punição

---

<sup>123</sup> Tais sanções estão previstas na Lei n. 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

<sup>124</sup> A multa pecuniária variável não pode ser superior ao dobro do valor da operação; ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou ao valor de vinte milhões de reais. Tal multa será aplicada sempre que houver culpa ou dolo.

<sup>125</sup> A cassação é aplicável em casos de reincidência específica na infração.

<sup>126</sup> No caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). No caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

de um mesmo fato, “porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes”<sup>127</sup>.

No mesmo sentido, veja-se a atuação do PROCON, autarquia que concretiza o programa de proteção e defesa do consumidor, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. A Lei n. 8.078/1990, mais especificamente em seu capítulo sétimo, dispõe sobre as sanções administrativas passíveis de imposição, sem prejuízo das sanções penais, previstas no título II da mesma legislação.

Podem ser aplicadas – isolada ou cumulativamente –, pela autoridade administrativa: (i) multa<sup>128</sup>, (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 do fornecimento de produtos ou serviços, (vii) suspensão temporária da atividade, (viii) revogação da concessão ou permissão de uso, (ix) cassação de licença do estabelecimento ou da atividade, (x) interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, (xi) intervenção administrativa e (xii) imposição de contrapropaganda.<sup>129</sup>

Digna de registro, ainda, a Lei n. 13.303/2016, conhecida como Lei da Empresa Pública, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e que também possui caráter administrativo sancionador.

Aduz a legislação, no art. 83, que pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá a administração pública, garantida a prévia defesa, *aplicar ao contratado as*

---

<sup>127</sup> STJ, REsp 677585/RS, Primeira Turma, Min. Rel. Luiz Fux, DJ 13.02.2006.

<sup>128</sup> A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. Ademais, será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

<sup>129</sup> Interessante registrar, porque tocante ao tema do presente trabalho, que as agências atuam de forma concomitante: veja-se, por exemplo, que o PROCON pode sancionar uma instituição financeira, sem que isso acarrete, aos olhos dos Tribunais Superiores, usurpação da atuação do BACEN, tampouco *bis in idem*. É o caso descrito no STJ, REsp 1122368/AL, Primeira Turma, Min. Rel. Luiz Fux, DJe 14.10.2009: “o ato administrativo de aplicação de penalidade pelo PROCON à instituição financeira por infração às normas que protegem o Direito do Consumidor não se encontra eivado de ilegalidade porquanto incorrente a usurpação de competência do BACEN, autarquia que possui competência privativa para fiscalizar e punir as instituições bancárias quando agirem em descompasso com a Lei n.º 4.565/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias”.

sanções de (i) advertência, (ii) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a dois anos.

Há, finalmente – mas não exaustivamente –, as penalidades passíveis de serem impostas pelos Tribunais de Contas às pessoas físicas e jurídicas sob sua jurisdição, como por exemplo a imputação de débito, a aplicação de multas e a suspensão/impedimento de atividades junto da Administração Pública, já tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado reiteradas vezes sobre a possibilidade de coexistir acórdão condenatório advindo do Tribunal de Contas – título executivo extrajudicial – e sentença condenatória judicial, sem que isso viole o *ne bis in idem*.<sup>130</sup> Eis por que, mais do que nunca e diante da evidente expansão tanto do direito penal, quanto do direito administrativo sancionador – comprovadamente proliferado(s) –, com as fronteiras cada vez mais porosas (líquidas?<sup>131</sup>) entre ilícito penal e ilícito administrativo, se faz indispensável (tentar) traçar os devidos limites entre ambos.

#### 1.4 A DIFÍCIL DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

---

<sup>130</sup> Vide, nesse sentido, STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1185307/MT, Segunda Turma, Min. Rel. Francisco Falcão, DJe 16.09.2019. Ainda, os seguintes precedentes do mesmo Tribunal: REsp n. 1.633.901/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 20/6/2017; AgInt no REsp n. 1.381.907/AM, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017; REsp n. 1.135.858/TO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/9/2009, DJe 5/10/2009; REsp n. 1.454.036/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9/10/2018, DJe 24/10/2018; RHC n. 64.446/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015.

<sup>131</sup> Fábio André GUARAGNI entende que, na modernidade líquida de BAUMAN, também o direito se torna, em certa medida, líquido, um ramo misturando-se ao outro. GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo (coord.). *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 58. “Tanto quanto a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa é muito evidente disso: nela, tem-se um pouco de Direito Civil, a ideia de reparação do dano; um tanto de penal, porque há, por certo, punições, mediante verdadeiras medidas restritivas de direitos dos arts. 43 e ss do CP); grandes pitadas de Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, na ideia de perda do cargo, na ideia de um controle da atividade administrativa para a autopreservação da estrutura do Estado, em que a atividade administrativa torna-se fim em si. Há mais: nacos de consequências políticas, com sobreposição, por exemplo, com os crimes de responsabilidade. Enfim, é um campo de ‘direito líquido’, permitido o neologismo”. GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12 e 13.

A tentativa de distinguir ilícito penal e ilícito administrativo não é nova. Aliás, não parece exagero dizer que o tema se encontra no *rol de temas espinhosos*: vem sendo historicamente discutido e rediscutido, sem que, até hoje, haja uma conclusão pacífica e definitiva.

Antes de ingressar na efetiva discussão sobre os critérios utilizados para traçar distinção entre tais ilícitos, porém, necessário esclarecer – para a construção do presente trabalho – dois pontos: *a um*, por qual razão *não* se está a abordar o ilícito civil e *a dois*, *de que ilícito administrativo estamos a falar*. Sim, pois ao mergulhar na doutrina que trata do tema, há a percepção de que os ilícitos administrativos são tratados *globalmente*, de modo que suas peculiaridades são, por regra, ignoradas.

#### 1.4.1 Por que o ilícito civil não está sendo considerado?

A resposta a este primeiro questionamento é mais simples. Ao presente trabalho, interessa a constatação de que *o Estado sanciona*, pela prática de um mesmo fato, diversas vezes e de distintas formas. É em razão dessa constatação – de multiplicidade sancionatória *estatal* – que este estudo questiona se há (ou não) violação ao princípio do *ne bis in idem* e se há (ou não) violação ao princípio da proporcionalidade.

Portanto, a constatação de que um mesmo fato pode configurar um ilícito penal – que está no âmbito do sancionamento estatal/público – e um ilícito civil – que está no âmbito do direito privado –, não toca o presente estudo.

É bem verdade que o direito penal, com seu caráter sancionador, traz decisiva e ponderável contribuição ao direito privado<sup>132</sup>, por lhe reforçar a tutela jurídica: seja cuidando das indenizações civis *ex delicto*, tornando-as consectários obrigatórios da condenação, seja tutelando o direito de posse, de propriedade, a transparência nos negócios privados, a autenticidade dos documentos, etc.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Também o direito penal se apoia, por vezes, no direito civil. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes patrimoniais, quando o direito penal utiliza conceitos civilistas, tais como propriedade, posse, detenção, etc. Também nos crimes contra o casamento, que o direito penal não apenas depende de conhecimento específico das regras de direito de família, como, muitas vezes, depende de manifestação de um juízo civilista sobre a validade do casamento. Ainda e por fim, em um rol não exaustivo, veja-se os crimes contra a família, mais especificamente o abandono material, que dependerá de análises relacionadas à pensão alimentícia fixada no juízo cível.

<sup>133</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 47.

Assim, por exemplo, se um indivíduo é condenado penalmente por determinado crime (seja patrimonial, seja no trânsito, seja de natureza sexual, seja de qualquer natureza), reconhece-se, como consequência, o ilícito civil e o *dever de indenizar* a vítima<sup>134</sup>. O indivíduo será, então, *punido pelo Estado* pelo ilícito penal e *indenizará a vítima do crime* pelo ilícito civil.<sup>135</sup>

Não ocorre – e tal conclusão parece bastante visível – do Estado estar *punindo o ato por mais de uma vez*. As obrigações impostas ao indivíduo possuem destinatários distintos e razões delimitadas: o *sancionamento* está atrelada ao *Estado*, a *indenização* está atrelada à *vítima*<sup>136</sup>. Portanto e em suma, não há, quanto ao ilícito civil, qualquer multiplicidade sancionatória estatal<sup>137/138</sup>.

#### 1.4.2 De quais ilícitos administrativos estamos, afinal, tratando?

Ao estudar o tema, debruçando-se sobre a doutrina que já se dedicou ao mesmo assunto, é possível notar que há sempre a preocupação em distinguir ilícito penal de ilícito administrativo ou, ainda, em distinguir sanção penal de sanção administrativa, mas sem a (necessária) preocupação em delimitar as características dos próprios ilícitos e sanções no âmbito do direito administrativo.

---

<sup>134</sup> O Código Civil dispõe, no art. 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Já no art. 927, o mesmo Código dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já o Código Penal aduz, em seu art. 91, que é efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Finalmente, o Código de Processo Penal, no art. 63, estabelece que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

<sup>135</sup> Importante lembrar, porém, que a existência de um ilícito civil independe da existência de um ilícito penal, como se depreende do disposto no art. 935 do Código Civil. Exemplo bastante evidente – e simples – é a ocorrência de um *dano culposo*: por ser culposo, é conduta atípica para o direito penal, não se amoldando ao art. 163 do Código Penal, mas é, sem dúvida, um ilícito civil que gera a obrigação de indenizar.

<sup>136</sup> Veja-se que, mesmo nos casos em que a vítima é o próprio Estado, a obrigação de indenizar não se confunde com a pena (é, antes, um efeito da pena, nos moldes do art. 91, I, do Código Penal).

<sup>137</sup> Não se ignora que as ações civis públicas, por exemplo, podem *também* buscar a indenização das vítimas (ou seja, de particulares). Porém, nesse caso, o processamento ocorre pelo Estado – e não pelas vítimas em si – e permite que haja *outras sanções* (estatais), além da indenização. Eis por que, nesse caso, o tema interessa ao presente trabalho, diferentemente do ilícito civil, processado exclusivamente pela vítima, com intenção de indenização, na esfera cível.

<sup>138</sup> Também não se considera, para o presente trabalho, eventuais sanções civis de fins punitivos absolutamente dependentes da vontade das partes, como é o caso da *cláusula penal*. Isso porque, como já visto, interessa ao presente estudo (apenas) a questão da multiplicidade sancionatória estatal.

“Uma das principais dificuldades no tratamento da sanção administrativa é decorrente da falta de criteriosa separação do seu regime jurídico e outros análogos com os quais muitas vezes se confunde.”<sup>139</sup>

Portanto, primeiro há que se entender *o que é e o que não é* sanção administrativa – inclusive porque isto está diretamente relacionado ao que é (ou não é) e qual é a espécie de ilícito administrativo.

Depois, há que se reconhecer que, *mesmo diante das (reais) sanções administrativas*, algumas interessarão ao presente estudo – porque problemáticas, sob o ângulo da multiplicidade sancionatória estatal – e outras não.

Inicialmente, portanto, importante considerar que ilícito administrativo e sanção administrativa são temas estritamente relacionados. O ilícito é previsto em uma parte da norma e a sanção em outra, de modo que o ilícito administrativo é o antecedente da conseqüente sanção administrativa<sup>140</sup>.

Tal assertiva, que parece óbvia, serve para evidenciar que a administração pública – no âmbito do poder de polícia – trabalha (também) com as ditas *providências acautelatórias*, “que consistem em uma reação do Estado à ilegalidade presente, iminente ou potencial”<sup>141</sup>. As *providências administrativas acautelatórias* – que podem consistir em suspensões ou proibições de atividade, em imposição de multa, etc., –, portanto, buscam prevenir danos ao interesse público ou à ordem administrativa e “a finalidade não é – como a das sanções – intimar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de *abortar* a possibilidade de que se desencadeiem”<sup>142</sup>.

Portanto, a vinculação absoluta entre ilícito e sanção distingue a *medida sancionadora* de outras medidas previstas no ordenamento jurídico e impostas pela administração pública, mas com caráter *preventivo*. Trata-se de medidas

---

<sup>139</sup> TOGNETTI, Eduardo. *Sanções Administrativas Aplicadas pelo Banco Central do Brasil*. São Paulo: KDP, 2017, p. 119.

<sup>140</sup> “*Infração e sanção administrativa* são temas indissolúvelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela. Assim, o estudo de ambos tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício da inteligibilidade quando da explicação de uma ou de outra. *Infração administrativa* é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 854.

<sup>141</sup> TOGNETTI, Eduardo. *Sanções Administrativas Aplicadas pelo Banco Central do Brasil*. São Paulo: KDP, 2017, p. 143.

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 866.



preventivas, já que adotadas pelos agentes administrativos “para evitar a consumação ou o agravamento de uma violação à ordem pública. Não se confundem com as sanções administrativas, portanto, pois estas são medidas que pressupõem justamente a consumação de um comportamento ilícito”<sup>143</sup>.

Tudo isso para dizer que, por vezes, a administração pública irá impor (através do poder de polícia) multas, irá suspender ou proibir atividades, bem como irá realizar outras interferências na atuação dos particulares<sup>144</sup>, *sem que isso caracterize uma sanção – e, por isso, sem que haja interferência para o presente estudo.*

Especificamente quanto às (verdadeiras) sanções administrativas, há que se reconhecer que existem sanções advindas *do próprio poder de polícia* – agora sim sancionatório, não preventivo –, impostas pela administração pública; há sanções administrativas advindas de processos disciplinares, quando há uma relação de *sujeição especial* entre Estado e sujeito e, por fim, há sanções administrativas impostas, inclusive, pelo Poder Judiciário.

Parece essencial, portanto, realizar brevemente essas distinções para que reste claro qual(is) sanção(ões) administrativa(s) interessa(m) ao presente estudo – e, conseqüentemente, qual(is) não interessa(m).

Pois bem.

Ilícito administrativo e poder de polícia caminham, historicamente, de mãos dadas. Isso porque “todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual”<sup>145</sup>. De um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, o que faz usando de seu poder de polícia<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82.

<sup>144</sup> MUNHOZ DE MELLO exemplifica que a determinação de demolição de um edifício que oferece risco à população é um claro exemplo de medida preventiva – e não sancionatória. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83.

<sup>145</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017, p. 151.

<sup>146</sup> Sempre que se pensa em *sanção*, necessariamente se pensa em *segurança jurídica* e em *previsibilidade* por parte daquele que será possivelmente sancionado. Com o poder de polícia, não é diferente. “Esta previsibilidade ensejada pelo Direito é um requisito conatural a ele, pois disto depende o cumprimento de sua razão de existir: induzir os homens a se comportarem de um dado modo e não de outro, para que possa ser organizada satisfatoriamente a vida social”.

A administração pública, no exercício do poder de polícia<sup>147</sup>, cria, por lei, as chamadas *limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas*. Portanto, a administração pública regulamenta as leis e controla a sua aplicação, como já vimos, ora *preventivamente*, ora *repressivamente*<sup>148</sup>.

O sancionamento administrativo, portanto, reflete uma competência inerente ao poder de polícia e trata-se de promover uma restrição às liberdades individuais por meio da adoção de providências administrativas<sup>149</sup>, sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário. Há, nesse ponto, a (denominada) *autoexecutoriedade*. “O *privilège d’action d’office* consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão”.<sup>150/151</sup>

Assim – e com o fundamento da predominância do interesse público sobre o particular<sup>152</sup> –, a administração pública lança mão de *sanções* (multas, cassações de direitos, suspensões ou interdições de atividades) para organizar

---

Ainda, prossegue BANDEIRA DE MELLO, se os cidadãos/administrados “não tivessem perante si este paradigma balizador, que lhes outorga uma dada presumível certeza quanto ao que ocorrerá como fruto de sua atuação, não haveria como direcioná-los em sentido algum”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 11.

<sup>147</sup> O artigo 78 do Código Tributário Nacional traz uma definição legal do poder de polícia: “considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

<sup>148</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017, p. 154.

<sup>149</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 518.

<sup>150</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017, p. 155.

<sup>151</sup> Além da *autoexecutoriedade*, o poder de polícia contempla as características da *discricionariedade* (regra geral, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação ao intérprete, mas registre-se que nem sempre isso ocorre, existindo casos de poder absolutamente vinculado) e de *coercibilidade* que, aliás, é indissociável da autoexecutoriedade, sendo “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 134.

<sup>152</sup> “Já está superada, pois, a visão extremada e deturpada segundo a qual o direito administrativo seria a exteriorização do poder absoluto e supremo estatal, o qual tudo poderia fazer, ainda que em detrimento dos cidadãos. Hoje, tem-se que tal ramo do direito está voltado ao administrado e, como tal, impõe limites ao poder político utilizado arbitrariamente. (...) O direito administrativo, no século XXI, deve ser o direito da discricionariedade administrativa legítima, guiada por direitos e princípios, acima de paixões e imediatismos de outrora”. KNOPFHOLZ, Alexandre. *Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da Administrativização do Direito Penal ao Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador*. In: *Ciências Penais*, 2011. v. 15.

a vida social, no âmbito do trânsito, da saúde pública, da ordem de consumo, do direito urbanístico e tantos outros.

Há, ademais, o poder administrativo sancionador *judicializado*. Fácil notar a diferença para o (tradicional?) poder de polícia, posto que este, como visto, possui a característica na autoexecutoriedade e dispensa a atuação do Poder Judiciário – o oposto do poder administrativo sancionador, justamente, *judicializado*.

Não se ignora que não há unanimidade doutrinária sobre tal conceito, porém, o presente estudo compreenderá como poder administrativo sancionador *judicializado* a Lei de Improbidade Administrativa<sup>153</sup> e a Lei Anticorrupção<sup>154/155</sup>

Tais legislações impõem, através do Estado e como visto no tópico 1.3.1, graves sanções aos administrados. Não obstante a amplitude e a gravidade das sanções, bem como a sua clara intenção *repressiva*, não podem ser tais leis oficialmente classificadas como penais – seja pela ausência de tratamento efetivo como crime, seja pela ausência de previsão de penas privativas de liberdade, seja pela não adoção das regras processuais penais para a sua

---

<sup>153</sup> Não se ignora que a própria Lei de Improbidade Administrativa parece, por vezes, se amoldar em classificação autônoma, posto que, em seu art. 12, ao estabelecer o rol de sanções possíveis, estabelece que o responsável pelo ato de improbidade poderá ser assim apenado, de forma isolada ou cumulada, “independentemente das sanções penais, civis e *administrativas* previstas na legislação específica”. Já a Constituição Federal, em seu art. 37, §4º, estabelece 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*”, ou seja, não coloca – como fez a lei ordinária – que é sem prejuízo de (outras) sanções *administrativas*. Classificando a Improbidade dentro do direito administrativo, dentre outros tantos autores, vide Mateus Bertoni, no livro Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992, publicado pela Editora Revista dos Tribunais.

<sup>154</sup> Quanto a isso, registre-se, a um, que a classificação de tais leis como direito administrativo ou como uma instância independente não altera em nada as provocações e conclusões do presente trabalho. A dois, há doutrina nesse sentido, vide – ilustrativamente – o livro “Direito Administrativo Sancionador Judicializado”, de autoria de Denise Luz e publicado pela Juruá, que trata exclusivamente da Improbidade Administrativa, e o livro “Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello”, publicado pela Malheiros Editores, que trata a Lei Anticorrupção como direito administrativo sancionador judicializado. A três, fato é que, por mais que sejam instâncias punitivas e estatais, não podem ser classificadas (oficialmente) como penais, tampouco utilizam, para sua concretização, as regras do processo penal. Eis por que tais leis ficarão, aqui, tratadas como direito administrativo sancionador judicializado, posto que não se confundem com leis de direito penal (regidas pelo processo penal) e nem podem ser auto executadas pela Administração Pública (exigindo, assim, a judicialização).

<sup>155</sup> Não se ignora que a Lei Anticorrupção tem amplo rol de sanções (significativas, em termos de gravidade) que são aplicáveis através do Poder Executivo. Porém, por também existirem sanções que dependem da atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho manterá tal lei no âmbito do direito administrativo sancionador *judicializado*.

concretude<sup>156</sup>, razão pela qual são encaixadas no âmbito do direito administrativo sancionador.

Por fim, há, ainda dentro do direito administrativo e sua face sancionadora, o direito administrativo *disciplinar*.

Sabe-se que o ilícito administrativo disciplinar está relacionado à percepção de *cuidado* que se deve ter com a Administração Pública. Assim, “todo aquele e aquela que se encontra investido em determinado cargo ou função pública<sup>157</sup> e, mesmo o cidadão comum (em circunstâncias especiais)<sup>158</sup>, tem o dever de cooperação com a esfera administrativa estatal”<sup>159</sup>.

“É inequivocamente reconhecível a existência de relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas”<sup>160</sup>. Estas situações, diante da sua *especialidade*, “demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração”<sup>161</sup>.

Portanto, o *poder disciplinar* – mais relacionado, em verdade, a uma ideia de poder-dever<sup>162</sup> – permite e impõe à Administração Pública apurar infrações e

---

<sup>156</sup> Há, nesse ponto, constante esforço doutrinário para estender as garantias penais e processuais penais (existentes ao menos na teoria) a essas legislações. Em razão da percepção de que as sanções impostas por tais legislações são, por vezes, tão graves ou mais graves do que as impostas através do direito penal, a doutrina tenta transpor à Lei de Improbidade Administrativa e à Lei Anticorrupção as garantias penais e processuais penais (presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, nulidades...). Nesse sentido, por exemplo, o livro “Direito Administrativo Sancionador Judicializado”, de autoria de Denise Luz e publicado pela Juruá. Ademais, há uma tentativa doutrinária de aproximar garantias materiais conferidas ao ilícito penal (tipicidade, antijuridicidade...) a esses ilícitos “administrativos”. Nesse sentido, por exemplo, o livro “Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988”, de Daniel Ferreira, publicado pela Editora Fórum.

<sup>157</sup> Isso é aplicado a todos os funcionários públicos: juízes, promotores, delegados, cartorários, policiais, etc.

<sup>158</sup> Nesse ponto, o conceito é mais amplo. Pode ser desde um cidadão que está preso e que, por isso, se submete às regras do centro penitenciário em que está detido, passando por um advogado que está submetido às regras da Ordem dos Advogados do Brasil ou de um médico que está submetido às regras do Conselho Regional de Medicina.

<sup>159</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar – da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 09.

<sup>160</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 832.

<sup>161</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 832.

<sup>162</sup> Tanto assim que, tendo conhecimento de infração cometida por funcionário público ou por cidadão subordinado, de algum modo especial, à Administração Pública, a autoridade tem de obrigatoriamente apurar tal falta – e, sendo o caso, punir –, sob pena de incorrer na prática do crime previsto no art. 320 do Código Penal: “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Pena: detenção de quinze dias a um mês, ou multa.”

impor penalidades àqueles que estão num regime de *sujeição especial* com a Administração<sup>163</sup>.

Tal circunstância deve-se ao fato de que a instituição de um vínculo principal torna necessário um ingresso do particular, pessoalmente, na esfera jurídica e material – ou ainda que simplesmente jurídica – da Administração Pública, a fim de tornar necessária uma especial disciplina mais acentuada – fundada precisamente em um estado de sujeição especial do indivíduo – do comportamento pessoal do particular, a fim de obter uma melhor implementação do vínculo. Típico exemplo de contato do indivíduo com a esfera jurídica da Administração, verifica-se no caso do exercício de uma função ou de um serviço público (...) <sup>164</sup>.

O poder disciplinar guarda como fundamento a hierarquia de que é detentora a Administração e, ainda, o interesse e a necessidade de constante controle e progressivo aperfeiçoamento dos serviços (públicos ou derivados) ofertados. Exemplos de poder disciplinar são amplamente previstos na Lei n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), mais especificamente no art. 128, bem como na Lei n. 4.878/1965 (Estatuto dos Funcionários Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal), especialmente nos arts. 44 e seguintes<sup>165</sup>.

Justamente em razão das particularidades do *poder disciplinar* – derivadas da já mencionada *sujeição especial* havida entre o sancionado e o Estado –, tal espécie de sanção administrativa *não importa ao presente trabalho*. Leia-se: não obstante trate-se, sim, de lei estatal sancionadora, não adentraremos em sua análise, quando da crítica à multiplicidade sancionatória estatal, vez que, nesse caso específico, há particularidades: há uma sujeição

<sup>163</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, para que esteja caracterizada uma relação de sujeição especial é necessária a reunião dos seguintes condicionantes positivos: (i) o poder deve encontrar seu fundamento último em lei, que deve tratar da sua atribuição a determinado órgão ou cargo público, com as respectivas especificações; (ii) o fundamento do poder decorre da própria relação especial com o Estado; (iii) os poderes devem limitar-se estritamente ao cumprimento de suas finalidades; (iv) os poderes devem observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e (v) o objeto deve manter-se relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 834 e ss.

<sup>164</sup> Tradução livre de: “Tale elemento é dato dal fatto che l’attuazione del rapporto principale renda necessario un ingresso del privato, personalmente, nella sfera giuridica e materiale – od anche semplicemente giuridica – dell’amministrazione, in guisa da rendere necessaria una speciale disciplina più accentuata – fondata appunto su di uno stato di speciale soggezione dell’individuo – del comportamento personale del privato stesso, al fine di ottenere una migliore attuazione del rapporto. Tipico esempio di contatto dell’individuo con la sfera giuridica dell’amministrazione, si ha nel caso dell’esercizio di una funzione o di un servizio pubblico (...)”. ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 181.

<sup>165</sup> As sanções disciplinares são impostas através dos processos administrativos disciplinares que se subdividem em sindicância investigatória, sindicância punitiva e processo administrativo disciplinar (PAD). DENNYS, Debora Vasti da Silva do Bomfim. *Manual de processo administrativo disciplinar*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 35.

especial, há um poder hierárquico, há assunção de responsabilidades extras por parte do cidadão perante a administração.<sup>166</sup>

Portanto, já é possível concluir que, para o presente trabalho, interessam – para o confronto com as sanções *penais* – *todas as sanções administrativas (i) que não as sanções disciplinares e (ii) que não se confundam com as providências administrativas acautelatórias.*

### 1.4.3 Ilícito penal e ilícito administrativo: critérios possíveis de distinção

A tentativa de traçar distinções entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos é histórica. E há razão de ser nessa (eterna) busca: não se trata de mera filigrana acadêmica, mas, muito antes, de fornecer subsídios aptos a delimitar a fronteira entre as instâncias, de modo a coibir a indevida confusão/sobreposição de ilícitos e sanções.

A doutrina – nacional e estrangeira – adota *critérios diversos* na tentativa de distinguir tais ilícitos. Há (i) os que separam ilícito penal e ilícito administrativo *através das sanções* que são impostas a cada qual. Há (ii) os que separam através da análise de *qual autoridade está a impor a sanção*. Há, ainda, (iii) os que pretendem realizar tal separação através da análise *das finalidades/funções atribuídas às sanções* impostas em cada instância. E, por fim, há (iv) os que buscam separar ilícito penal e ilícito administrativo buscando distinções – qualitativas ou quantitativas – *em seu próprio conteúdo*.

Não obstante o presente trabalho se proponha a traçar linhas sobre cada um dos referidos critérios, é certo que centralizará maiores esforços em dois

---

<sup>166</sup> Helena Regina Lobo da Costa, quando da pesquisa sobre *direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, também excluiu da análise as sanções disciplinares, tendo assim justificado: “o primeiro passo a ser dado consiste em diferenciar a sanção administrativa geral das sanções administrativas especiais, que recebem aplicação no bojo de relações especiais de sujeição, tais como aquelas que envolvem a administração e seus servidores ou a administração e seus contratados. As sanções aplicáveis nesse contexto, apesar de poderem apresentar um predomínio de aspectos punitivos e natureza afliativa, distinguem-se das sanções aplicadas aos atos ilícitos destinados à generalidade das pessoas. Isto porque o fato de serem concebidas e aplicadas no âmbito de uma relação específica faz com que se vinculem não ao direito administrativo sancionador geral, destinado a todos os administrados, por condutas descritas de modo geral e abstrato, mas a um regime jurídico especial. Isto não significa dizer, todavia, que não devam observar os critérios necessários à atuação sancionadora do Estado, mas somente que não se confundem com as sanções aqui examinadas”. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 162 e 163.

deles: o critério da distinção *pelo próprio conteúdo* e o critério da distinção *pela finalidade/função da sanção*. E há um motivo para tanto. Os dois outros critérios – das *sanções impostas* e da *autoridade que as impõem* – parecem, consideradas as pretensões do presente estudo, desprovidos de utilidade.

Veja-se que se a pretensão de realizar a distinção entre os ilícitos penal e administrativo é fornecer subsídios para coibir a indevida confusão/sobreposição entre as instâncias, de nada adianta critérios que realizam análises *ex post*. Em outras palavras: com tais critérios, o legislador e o intérprete podem “criar livremente” os ilícitos e “aplicar livremente” as sanções – pois a distinção entre ambos os ilícitos em nada contribui para *guiar* tal criação e aplicação.

Dito de modo simplificado: o legislador criará os ilícitos sem qualquer direcionamento/limitação/filtro e o intérprete aplicará as sanções sem qualquer direcionamento/limitação/filtro. Após é que se olhará para tais ilícitos e sanções e se concluirá, por exemplo, “isto é um ilícito penal, pois se aplicou pena privativa de liberdade” ou “isto é um ilícito administrativo, pois a sanção foi imposta pela administração pública”. Ora, diante da referida pretensão, qual a utilidade desta constatação (*ex post*)?

Eis a razão pela qual se compreende que, se algum critério pode ser útil – justamente porque pode servir de direcionamento/limitação/filtro – ao exercício legislativo e jurisdicional, é o critério da distinção pelo *conteúdo do ilícito* ou o critério da distinção pela *finalidade/função da sanção imposta*.

#### 1.4.3.1 Distinção pela sanção imposta

A tentativa de se distinguir o ilícito administrativo do ilícito penal em razão *do tipo de sanção* que pode ser imposta a cada qual revela-se não apenas inútil, conforme acima detalhado, mas – cada dia mais – inviável.

Lições doutrinárias construídas a partir (do início) do século XX compreendiam que o ato ilícito era o pressuposto da sanção e que a sanção, por sua vez, era “a ameaça de um mal para o caso de inobservância de um imperativo”<sup>167</sup>, sendo possível classificar os atos ilícitos a partir do critério formal da sanção: “para certas ações antijurídicas são impostas sanções chamadas

---

<sup>167</sup> CAETANO, Marcello. *Lições de direito penal*. Lisboa: Jornal do Comércio, 1939, p. 10.

civis ou extrapenais (ressarcimento do dano, execução forçada, nulidade do ato, *restitutio in prestinum*) e, para outras, as sanções penais”<sup>168</sup>.

ABEL DE ANDRADE considerava arbitrário e errôneo determinar, *a priori*, a natureza do ilícito. “Ao Estado é que cumpre diversificá-los, através da lei, adotando diretrizes consentâneas à tradição, costumes e condições particulares dos lugares e dos povos”<sup>169</sup>. Assim, desde que determinada conduta viole bem jurídico que as condições da vida social indiquem que deva ser tutelado penalmente, cumpre ao legislador, como resultado de tal apreciação valorativa, catalogar a conduta dentre aquelas que dão origem à aplicação da pena como *sanctio juris*.<sup>170</sup> Podendo-se, assim, concluir que se distinguem os ilícitos, extrinsecamente, pelas consequências aplicadas às violações<sup>171</sup>.

A questão, porém, é que as sanções não são (mais) de uso exclusivo de determinada instância, sendo passíveis de aplicação em ilícitos de naturezas distintas.

Veja-se, por exemplo, que não obstante a utilização da pena privativa de liberdade seja destinada, primordialmente, ao direito penal, é também autorizada, excepcionalmente, na esfera administrativa disciplinar, pelo descumprimento de ordenações administrativas militares, e na esfera judicial cível, em razão do inadimplemento de obrigação alimentar<sup>172</sup>. Portanto, “a possibilidade de cominação da pena privativa de liberdade não é suficiente para identificar e garantir autonomia ao direito penal em relação às demais formas de manifestação de poder punitivo”<sup>173/174</sup>.

<sup>168</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 02.

<sup>169</sup> ANDRADE FILHO, Abel de. Do Ilícito Penal. In: *Boletim do Instituto de Criminologia*, Lisboa, 1945, p. 18 e 19. v. 6.

<sup>170</sup> ANDRADE FILHO, Abel de. Do Ilícito Penal. In: *Boletim do Instituto de Criminologia*. Lisboa, 1945, p. 18 e 19. v. 6.

<sup>171</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 03. Nesse mesmo sentido, Frederico Marques menciona expressamente o autor italiano Eugenio Florian, na obra *Parte Generale del Diritto Penale*, edição de 1934.

<sup>172</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 435 e ss. v. 129. Registre-se ainda que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a (antiga) prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, acima da legislação interna. Vide, nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, RE 349.703/RS, Tribunal Pleno, Min. Rel. Carlos Britto, Julgamento em 03.12.2008 e publicação em 05.06.2009.

<sup>173</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 435 e ss. v. 129.

<sup>174</sup> Importante considerar, aliás, que a própria Constituição Federal – art. 98 – prevê a existência de infrações penais de menor potencial ofensivo, a serem processadas e julgadas em procedimento simplificado e que tendem a não utilizar a pena privativa de liberdade, mesmo que



Não bastasse, a legislação penal brasileira prevê outras sanções, que não privação de liberdade, como é o caso das penas restritivas de direitos e da pena de multa<sup>175</sup>.

Basta breve confronto entre a pena de multa e as penas restritivas de direito previstas na legislação penal<sup>176</sup> e as sanções adotadas pelo direito administrativo sancionador<sup>177</sup> para chegar a incontestáveis conclusões.

A um, “é que se deve abandonar, definitivamente, a ideia de que as sanções impostas pelo direito administrativo são previstas somente para casos bagatelares ou de menor importância”.<sup>178</sup> As sanções impostas pelo direito administrativo sancionador são bastante gravosas e representam importantes limitações aos direitos fundamentais.<sup>179</sup>

---

pertencentes à instância penal. Também importante registrar que a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) previu crime que sequer comina, em seu preceito secundário, pena privativa de liberdade, como é o caso do art. 28.

<sup>175</sup> E, inclusive, “perante o Código Penal vigente todas as penas são principais. Terminou-se com a antiga distinção, hoje ultrapassada, entre penas principais e acessórias”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 283.

<sup>176</sup> O art. 43 do Código Penal prevê um rol de penas restritivas de direito, qual seja: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos. Já o art. 47 do mesmo Código estabelece o rol de penas de interdição temporária de direitos, quais sejam: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, proibição de frequentar determinados lugares e proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. Vale lembrar, entretanto, que a legislação extravagante – considerando a peculiaridade dos crimes cometidos e dos bens jurídicos atingidos – prevê a possibilidade de penas distintas, como é o caso de admoestação verbal e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, no caso da Lei de Drogas; suspensão parcial ou total de atividades, proibição de contratar com o Poder Público e de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como participar de licitações, no caso da Lei de Crimes Ambientais, etc.

<sup>177</sup> Para evitar desnecessária repetição, faz-se remissão ao disposto no tópico 1.3.1, oportunidade em que se elencou as leis administrativas sancionadoras e suas respectivas sanções, tais como multas (muito significativas), suspensões e interdições de atividades, proibição de contratação com o poder público, publicação de autocondenações em jornais e outros espaços, etc.

<sup>178</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 168 e 169.

<sup>179</sup> Não raro, aliás, o direito administrativo sancionador impõe sanção mais grave do que o próprio direito penal. Pense-se em um exemplo, relativamente comum, em que o direito penal – em razão das medidas descaracterizadoras – acaba por aplicar como sanção uma prestação de serviço à comunidade, enquanto o direito administrativo sancionador impõe multa(s) tão significativa(s) e suspende a atividade econômica do agente, praticamente inviabilizando que o indivíduo prossiga atuando em determinado ramo ou, ainda, representando a derrocada econômica do agente. Nesse sentido, também Helena Regina Lobo da Costa, salientando a gravidade das sanções administrativas: “além de poder aplicar multas pecuniárias de valores bastante significativos, conforme visto, por exemplo, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o direito administrativo sancionador aplica sanções de inegável gravidade, em todos os seus campos, tais como: a cassação da autorização para o exercício de atividade financeira, o que

A dois e que ao presente estudo mais importa, é que há imensa coincidência de conteúdos entre sanções penais e administrativas<sup>180</sup>, o que inviabiliza que a distinção entre os ilícitos – penal e administrativo – seja feita através deste critério<sup>181</sup>.

#### 1.4.3.2 Distinção pela autoridade que impõe a sanção

A tentativa de se distinguir o ilícito administrativo do ilícito penal utilizando o critério *da autoridade que impõe a sanção* também se revela não apenas inútil, como já relatado, mas também insuficiente.

Há “teorias que sustentam que a instância administrativa se diferencia da penal porque suas sanções são aplicadas por autoridade administrativa”<sup>182</sup> e que, portanto, possuem autoexecutoriedade. Em verdade, “na doutrina e na jurisprudência brasileiras, o principal critério utilizado para identificar as sanções administrativas é a autoridade competente para a sua imposição: autoridade administrativa no exercício da função administrativa”<sup>183</sup>.

Não apenas na doutrina nacional tal critério é utilizado em larga escala. O espanhol SUAY RINCÓN, por exemplo, entende que a sanção administrativa é “qualquer mal infligido pela Administração a um administrado como

---

significa, na prática, a extinção da instituição financeira; a inabilitação para exercer cargos de administração por até dez (BACEN) ou vinte (CVM) anos, resultando em drástica limitação profissional ao sancionado; a proibição de participar de licitação ou de contratar com o poder público igualmente pode resultar, a depender da atividade desenvolvida por uma empresa, em sua inviabilidade; a licença compulsória de direitos de propriedade intelectual também resulta em importante constrição patrimonial, assim como a demolição de um estabelecimento; deve-se, ainda, citar a suspensão total ou parcial de atividades, que pode ser determinada no campo do direito ambiental”. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 169.

<sup>180</sup> Mesmo que se considere o *agente sancionado*, há que considerar a coincidência, posto que o direito administrativo sancionador pode sancionar tanto pessoas físicas, quanto jurídicas e que o direito penal, do mesmo modo, pode sancionar pessoas físicas (como regra) e pessoas jurídicas (no campo, por ora, do direito penal ambiental).

<sup>181</sup> No sentido de reconhecer a “clara superposição de reações”, vide Fábio André Guaragni, em artigo que trata especificamente do confronto entre direito penal e Lei de Improbidade Administrativa. Reconhece o autor que “basicamente tudo o que está contido na Lei de Improbidade Administrativa também está previsto no Direito Penal como reação”. GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. *In: Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

<sup>182</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 435 e ss. v. 129.

<sup>183</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 435 e ss. v. 129.

consequência de uma conduta ilegal, a resultar de um procedimento administrativo e com uma finalidade puramente repressora”<sup>184/185</sup>.

MEDINA OSÓRIO explica que o pano de fundo da adoção de tal critério é a – histórica – contraposição de *sanções administrativas* e *sanções judiciais*, que deriva de uma teorização de matriz nitidamente *processualista*, que, não obstante não superada, foi inegavelmente acrescida de outros aspectos:

Esta concepção, de matriz nitidamente processualista, revela que o Direito Administrativo seria equiparável ao Direito Processual, ou Direito Adjetivo, para usarmos expressões de um grande e saudoso administrativista pátrio, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, o qual identificava nesse ramo jurídico afinidades com o chamado Direito Judiciário. Ambos, Direito Administrativo e Direito Judiciário, teriam vocações processualistas, é dizer, tutelariam as ações dos Poderes Públicos. Num caso, haveria a tutela das ações administrativas. Noutra, a tutela das ações judiciais. Os conteúdos das respectivas ações poderiam vir dados por ramos jurídicos diversos, de índole material ou substancial.

Sem embargo, em que pese a validade da dimensão processual do Direito Administrativo, inegavelmente este também ostenta uma dimensão material, não menos importante que a primeira, decorrente da expansão das sanções administrativas e da constitucionalização desse ramo jurídico, tutelando as mais variadas matérias, das mais distintas formas e nos mais insuspeitos ramos jurídicos (administrativização das disciplinas jurídicas)<sup>186</sup>.

Portanto, para o autor, a sanção administrativa deve ser compreendida a partir do campo de incidência do direito administrativo formal (processual), mas também material, o que permite um claro alargamento do campo de incidência

<sup>184</sup> Tradução livre de “cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”. SUAY RINCÓN, Jose. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 55. Fábio Medina Osório, na obra *Direito Administrativo Sancionador*, menciona outros autores estrangeiros que também lançam mão deste critério diferenciador, tais como Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández e Franck Moderne. O autor brasileiro se refere à autoridade que impõe a sanção como o “elemento subjetivo” da sanção, ao utilizar a seguinte estruturação: “tal proposta teórica sinaliza quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, numa dimensão tipicamente europeia, da qual, *a priori*, somos herdeiros: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflictivo da medida que se exterioriza (elemento objetivo); c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal)”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

<sup>185</sup> E para Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales o fato da sanção ser imposta na via administrativa apenas reforça a necessidade de submeter o direito administrativo, na medida mais ampla possível, aos princípios que informam o direito penal, uma vez que as sanções administrativas – por vezes mais graves que as sanções penais – são impostas por servidores públicos, “*a priori* com qualificação inferior a de juízes e magistrados”. TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría e práctica del derecho penal administrativo*. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 83.

<sup>186</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial<sup>187</sup>, como ocorre com as diversas searas, mais acentuadamente no campo da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei Anticorrupção, etc.

Assim, se é verdade, por um lado, que a sanção penal sempre será imposta pelo Poder Judiciário, não é correto, por outro, afirmar que a sanção administrativa sempre será imposta pela administração pública<sup>188</sup>.

O que se constata, portanto, é que o Poder Legislativo atribui o poder de aplicar sanções administrativas tanto à administração pública quanto ao Poder Judiciário<sup>189</sup>, o que faz com que a intenção de diferenciar ilícito administrativo de ilícito penal através da autoridade que impõe não seja passível de alcance.

Por fim, e como já restou consignado, além do critério ser ineficaz, apresenta outro problema: deixa de servir como *guia* ou como *limitação* do poder sancionador estatal. “Identificar a natureza da sanção pela autoridade competente para sua imposição possibilita a multiplicação das vias punitivas, pois cada sanção passa a ser considerada autônoma em relação a outras já existentes, desde que imposta por autoridade diversa”<sup>190</sup>.

Leia-se: a adoção deste critério não apenas *não limita*, mas *verdadeiramente alimenta* o *mantra* – combatido no presente trabalho – de que a (mera) independência entre instâncias é elemento suficiente para legitimar a imposição de múltiplos sancionamentos pelo mesmo fato.

#### 1.4.3.3 Distinção pela finalidade/função da sanção

---

<sup>187</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

<sup>188</sup> Além dos exemplos já mencionados – Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção – existem outros exemplos, como a Lei 8.069/1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente e que estabelece competências ao Poder Judiciário para imposição de sanções de natureza administrativa.

<sup>189</sup> No presente trabalho tal assertiva é feita como mera constatação da realidade. Já Fábio Medina Osório defende expressamente tal possibilidade, afirmando que “segundo se percebe, em realidade cabe ao legislador outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

<sup>190</sup> ARÉDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 435 e ss. v. 129.

Há quem defenda que os tão almejados traços distintivos entre ilícito penal e ilícito administrativo estejam nas (diferentes) *finalidades* que as sanções de cada esfera pretendem – um critério *teleológico* de distinção, portanto.

Convém ressaltar que, para o presente estudo – que não adota posição funcionalista - as funções do direito penal e do direito administrativo não se confundem, em absoluto, com as funções das sanções penais e administrativas (leia-se: as primeiras estão relacionadas à teoria *do delito* e as segundas estão relacionadas à teoria *da pena*). Porém, por vezes e nesse tema, especificamente, a doutrina trata ambas de forma conjunta.

Fábio André GUARAGNI, buscando traçar distinções entre as sanções provenientes do direito penal e aquelas advindas da Lei de Improbidade Administrativa – na intenção de asseverar que a cumulação entre ambas *não* constitui violação ao *ne bis in idem* – afirma que “a permissão do *bis in idem* somente incide quando os efeitos promanam de campos diversos do direito.”<sup>191</sup> Segue o autor exemplificando que não há – e sobre isso não há discussão – *bis in idem* entre o direito penal e o direito civil por serem as pretensões *das sanções* impostas pelo direito penal e pelo direito civil escancaradamente distintas: direito civil é ressarcitório e direito penal é retributivo e preventivo.

Na sequência, porém, GUARAGNI defende a cumulação entre direito penal e direito administrativo porque:

(...) O Direito Administrativo de Trânsito não intenta proteger somente a vida ou o patrimônio das pessoas que dividem o tráfego viário. O Direito Administrativo de Trânsito tem outras metas, como fazer com que o trânsito se organize de tal modo que seja fluente, para que as pessoas se desloquem mais rápido e facilmente. Por isso ele estabelece, por exemplo, mãos de direção ou regras de rodagem preferencial, segundo a posição do motorista na atividade compartilhada de trânsito. A questão não se resume a proteger a incolumidade pública, vidas, patrimônios, integridades físicas. O Direito de Trânsito quer fazer com que o trânsito ande bem. Se é assim, a pretensão do administrativo é diferente do penal, inexistindo *bis in idem*. É adequado que um ramo possa produzir consequências sobre um fato e outro também, desde que materialmente esses ramos almejem coisas diferentes.”<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

<sup>192</sup> GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Org. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

Não obstante haja concordância sobre a conclusão de inexistência de *bis in idem* entre direito penal e direito civil, não parece que isso se dá *exclusivamente* pela distinção de pretensões entre as sanções advindas de ambos os campos, mas também porque a discussão relacionada ao direito civil é *privada* – ou seja, entre *partes*, sendo que eventual (produto de) sanção *terá como destinatário uma vítima* –, enquanto no direito penal a discussão é *pública*, ocorrendo *entre cidadão e Estado*, sendo que eventual *sanção terá como algoz e como destinatário o próprio Estado*.

Já entre direito penal e direito administrativo, a realidade é outra: estamos diante de (dois) ramos *públicos*, em que a discussão envolve *cidadão e Estado* e que *eventuais sanções têm como algoz e como destinatário o (próprio) Estado*.

Ademais, existem graves dificuldades – ou, renunciando ao eufemismo, graves *problemas* – na adoção do critério teleológico.

O primeiro: não obstante exista evidente importância nas pretensões/funções buscadas pela sanção penal (e administrativa), não nos parece acertado colocar tal critério como *central*, ou, em outras palavras, não parece adequado *curvar o direito penal e o direito administrativo* – a ponto de ser o critério que os distingue – às pretensões que buscam suas sanções<sup>193</sup>. Isso porque ainda parece mais seguro, para a construção teórica do direito penal (e isso ficará evidenciado nas linhas que seguem), o alinhamento às correntes normativistas do que às correntes funcionalistas<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Construir teoricamente o direito penal a partir da política criminal – ou curvando-se à política criminal – não parece (totalmente) seguro pois “o que se deve entender por ‘político-criminalmente correto’ ou ‘político-criminalmente errado’ depende, fundamentalmente, do critério de valor utilizado. Se, por um lado, está claro que se deseja, a partir dessa forma de ver as coisas, uma aproximação com os conteúdos sociais e os fins do direito penal, por outro, não fica suficientemente claro quais são os precisos critérios que irão permitir essa aproximação, bem como os fundamentos que os permitem ascender a essa posição e os fazem únicos ou, ao menos, preferíveis a outros critérios”, o que se revela especialmente problemático num “lugar social no qual o conjunto de conflitos de diferentes ordens, dimensões e intensidades, somado a uma já longa ausência de medidas responsáveis por parte dos Estados, abre-se em um amplo laboratório social, no qual as relações pessoais e institucionais, catalisadas por elementos urbanos incomuns, tornam possíveis amplos espaços de tensão e assumem cores e contrastes invulgares. Ou, mais propriamente, onde os interesses políticos do Estado no combate à criminalidade muitas vezes na forma de um lamentável ‘populismo punitivo’ se mantêm em forte e contínua tensão com os direitos e as garantias fundamentais, acabando, não raramente, por prevalecer sobre esses (...)”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26, 16 e 17.

<sup>194</sup> Também nesse ponto a discussão é muito mais ampla e aprofundada, escapando ao presente estudo, mas, para a compreensão, recomenda-se a leitura do texto “Funcionalismo *versus* normativismo no direito penal contemporâneo”, de autoria de Fabio Roberto D’Avila, constante

O segundo: para traçar distinções entre as pretensões das sanções advindas do direito penal e do direito administrativo, indispensável que se tenha firmado *quais são* as pretensões da sanção penal e *quais são* as pretensões da sanção administrativa. Ocorre, porém, que como se sabe, a discussão sobre as funções da pena (no direito penal) é histórica e acalorada<sup>195</sup>. Se é verdade que nunca houve uma conclusão definitiva sobre a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo, é igualmente verdadeiro que nunca houve conclusão definitiva sobre qual é (ou quais são) a(s) real(is) função(ões) da pena. Imagine, então, estabelecer que a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo depende (justamente) da(s) função(ões) das penas (!).

O terceiro: mesmo que partamos do pressuposto de que há pacificação sobre os fins da pena no Brasil – retribuição e prevenção, em razão do disposto no artigo 59 do Código Penal<sup>196</sup> –, o critério teleológico se revela insuficiente

---

do livro *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, publicado em 2009 pela Livraria do Advogado. No referido texto, D'AVILA aponta os riscos de se adotar uma teoria funcionalista – que constrói a própria noção de ilícito a partir dos fins do direito penal (guiados por política criminal, no caso, por exemplo, de CLAUS ROXIN). Aponta, ainda, os equívocos metodológicos desta construção teórica, que ficam bastante evidentes na(s) seguinte(s) passagem(s): “uma construção teórica que pretenda vincular a reprovabilidade à necessidade (preventiva) de pena acaba por condicionar o reconhecimento da existência do crime à sua consequência jurídica, o que é, aos nossos olhos, lógico e metodologicamente equivocado. A vinculação de consequências jurídicas a um fato (criminoso) tem como pressuposto lógico o prévio reconhecimento da sua existência. Apenas quando se tem por certo a ocorrência de um crime é que se faz possível cogitar sobre a legitimidade e conveniência político-criminal de lhe atribuir uma sanção, eis que, caso contrário, estaríamos por suprimir-lhe, de forma irremediável, a própria possibilidade de existência enquanto fenômeno, estaríamos por admitir uma noção de crime que deixa de ter conteúdo próprio para assumir, ele mesmo, um conteúdo funcionalizado: existe se atender à função que lhe é atribuída”. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25. Assim, estamos inclinados à filiação às correntes que pretendem diferenciar ilícito administrativo de ilícito penal em razão do *próprio conteúdo* – justamente por reconhecer que a sua existência é prévia e independe de sua finalidade – e não às correntes teleológicas.

<sup>195</sup> Escapa às possibilidades de o presente estudo adentrar nessa discussão – capaz de subsidiar uma outra e nova tese de doutoramento -, mas parece suficiente registrar que existem defensores da teoria absoluta/retributiva, da teoria de prevenção geral (positiva/negativa), da teoria da prevenção especial (positiva/negativa), das teorias ditas mistas (que somam as teorias retributiva e preventiva), da teoria neorretribucionista, da função simbólica da pena, etc. A doutrina sobre o tema é vastíssima. Sem prejuízo de tantas outras obras de qualidade, recomendamos aqui a leitura de “A legitimidade da pena estatal – uma breve análise das teorias da pena”, de Bernardo FEIJOO SANCHEZ, com tradução realizada por Nivaldo Brunoni, publicada em 2015 pela Conceito Editorial; também de “Por que punir? – teoria geral da pena”, de Tatiana Viggiani BICUDO, publicado em 2010 pela Saraiva; ainda, de “Teorias da pena – do discurso jurídico à crítica criminológica”, de Fábio da Silva BOZZA, publicada (a 2ª edição) em 2015 pela Lumen Juris; também “Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena”, de Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, obra publicada em 2018 pela Thomson Reuters e, finalmente, “Direito penal simbólico”, de Rodrigo FUZIGER, obra publicada em 2015 pela Editora Juruá.

<sup>196</sup> O artigo 59 do Código Penal expressa que, para realizar a fixação da pena, o juiz atenderá “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima” e

para distinguir os ilícitos, pois “as sanções administrativas podem cumprir funções idênticas às funções penais, restaurando a paz no ordenamento jurídico e punindo o transgressor”<sup>197/198</sup>.

Também nesse sentido Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI ao afirmar que também a sanção administrativa pode – e deve – possuir caráter retributivo, reparador e preventivo. Para comprovar a assertiva, os autores utilizam o exemplo simples da imposição de multa por mora ou inadimplemento e concluem que persegue-se com isto triplo objetivo “de receber o crédito, reparar o dano que a falta do pagamento oportuno acarreta à administração (tudo o que é reparação) e, ademais, infligir uma privação de bens jurídicos a fim de motivar o sujeito para que no futuro não volte a repetir essa conduta (prevenção especial)”<sup>199</sup>.

Também Helena Regina LOBO DA COSTA reconhece, além do caráter preventivo (vide, por exemplo, a obrigação de frequentar *curso de reciclagem* para recuperar a Carteira Nacional de Habilitação e sua clara pretensão *reeducadora*, ou seja, de prevenção especial positiva), o caráter retributivo das sanções administrativas, “basta mencionar as altíssimas multas aplicáveis pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou as sanções consistentes em proibição de contratar com o poder público ou em suspensão de atividades”. Segundo a autora – e acertadamente –, “muitas vezes essas sanções inviabilizam ou trazem sérias dificuldades à continuidade do exercício da atividade econômica, deixando claro seu caráter aflitivo”<sup>200</sup>.

---

estabelecerá a sanção “conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção do crime*”.

<sup>197</sup> RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 77 e ss.

<sup>198</sup> Historicamente, houve quem defendesse – o alemão HANS RICHTER, por exemplo – que as sanções contra-ordenacionais/administrativas se voltam ao futuro (preventivas), enquanto as sanções penais se voltam ao passado (retributiva). Tal exemplo é citado por LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 149. O equívoco de tal pensamento é duplo. Primeiro, porque a sanção penal não se volta apenas ao passado – está assente no artigo 59 do Código Penal e no artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) que contempla também a função preventiva, voltada ao futuro. Segundo, porque as sanções administrativas também não estão voltadas unicamente ao futuro, acarretando reprovação/retribuição ao infrator.

<sup>199</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132 e ss.

<sup>200</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 150.



Parece evidente, portanto, que tanto as sanções penais quanto as sanções administrativas podem possuir funções retributiva e preventiva, não sendo possível distinguir os ilícitos através do critério teleológico. Nesse ponto, poder-se-ia argumentar que, em realidade, a sanção administrativa e a sanção penal se diferenciam em termos de *força simbólica*: fala-se de um potencial simbólico mais acentuado no direito penal<sup>201</sup>.

Ocorre que, como bem demonstra Yuri CORRÊA DA LUZ, a própria prática administrativista parece (começar a) incorporar as finalidades da sanção penal em suas próprias sanções e, dentro deste fenômeno, está o efeito simbólico. O autor menciona entrevista realizada com um representante do CADE<sup>202</sup> – órgão que sanciona administrativamente –, em que este afirma que considera a mensagem da sanção administrativa no mundo empresarial semelhante à mensagem da sanção penal: “quando sai uma notícia no jornal ‘Justiça condena empresa A por cartel’ ou ‘CADE condena empresa A por cartel’, é a mesma coisa”.<sup>203</sup>

Segue CORRÊA DA LUZ afirmando que “o potencial simbólico de uma sanção é algo mutável, que depende de uma série de circunstâncias sociais, podendo, portanto, ser construído também quando se tem em mãos a possibilidade de responsabilização administrativa”.<sup>204</sup>

O quarto: as finalidades das sanções *não são uniformes* em todos os ilícitos e em todos os casos. Não obstante haja o reconhecimento majoritário da função mista (que contempla *retribuição e prevenção*), há casos em que prevalecerá, no direito penal, uma função em detrimento da outra<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011, p. 429 e ss. v. 89.

<sup>202</sup> Tal entrevista consta do estudo “Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – Uma contribuição para o debate público brasileiro”, realizado por Marta Rodríguez de Assis Machado, Flávia Portella Püschel, Rogério Lauria Tucci, Déborah Kirschbaum, Davi de Paiva Costa Tangerino, Juliana Bonacorsi de Palma, Yuri Corrêa da Luz, Beatriz Corrêa Camargo, Carolina Cutrupi e Pedro Schaffa, que está disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/195>.

<sup>203</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011, p. 429 e ss. v. 89.

<sup>204</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2011, p. 429 e ss. v. 89.

<sup>205</sup> Pode-se pensar, por exemplo, no perdão judicial previsto no artigo 121, §5º, do Código Penal, em que há a *prevalência do caráter retributivo*. Dispõe o artigo 121, §5º, do Código Penal que “na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências de a infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Ou seja, “não obstante a existência do dano, a perda experimentada pelo sujeito é tão grande que qualquer pena aplicada somente agravará sua dor. Como diz a doutrina clássica, a ‘condenação do destino’ retira o poder punitivo do Estado diante da perda irreparável. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições*

O mesmo se dá no campo das sanções administrativas. A finalidade punitiva da sanção administrativa não é incompatível com uma finalidade (re)educadora, embora se aparte, por óbvio, da pretensão ressarcitória. Por outro lado, a sanção disciplinar é pedagógica, mas não deixa de ser repressiva<sup>206</sup>:

O elemento punitivo inerente às sanções administrativas não se projeta de modo uniforme ou único na vida social, eis o ponto que gostaria de enfatizar insistentemente, ponto do qual decorre, ou pode decorrer, uma série de consequências notáveis, ainda que sutis. Igual fenômeno (falta de uniformidade de objetivos das diversas sanções previstas aos múltiplos ilícitos criminais), todavia, ocorre no campo penalístico, em que as finalidades ou os objetivos das sanções penais não são idênticos em todos os casos, estando dependentes, em boa medida, de políticas legislativas, judiciárias ou até executivas. Essas oscilações evidenciam não apenas a complexidade do elemento teleológico, mas sua carência em termos de fundamentação racional nas decisões institucionais.<sup>207</sup>

Assim, vê-se que adotar o critério teleológico para distinguir ilícitos seria como caminhar em areia movediça, posto que as razões de imposição de sanções – seja no campo penal, seja no campo administrativo – não são estanques.

O quinto e último: se a intenção de distinguir ilícitos penais e administrativos é *guiar* e, conseqüentemente, *limitar* a atividade sancionatória

---

*fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 1244. Ainda, pode-se pensar no fato de que, no campo do direito penal econômico, há, ao contrário, maior ênfase na retribuição (do que na prevenção). Isso porque, no direito penal econômico, regra geral, os crimes são cometidos por pessoas tidas como “modelo social” – empresários e políticos de sucesso – aos olhos da população. Assim, as sanções penais não concentram esforços em ressocializar/reeducar/neutralizar os infratores, mas, especialmente, em reafirmar a norma e intimidar os demais possíveis infratores. Em outras palavras: concentram esforços na prevenção geral em detrimento da prevenção especial. Nesse sentido, por muitos, BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal econômico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978, p. 80 e ss. Ainda no que refere à prevenção geral do criminoso econômico, registre-se a impressão de FIGUEIREDO DIAS de que este criminoso “sendo em regra, relativamente ao delinquente comum, mais racional e calculado, e incorrendo em maiores riscos de degradação de *status* em caso de condenação, pode, em certos casos, deixar-se mais facilmente motivar pela norma.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 127. O que, por outro lado, gera os riscos previstos por EDUARDO CORREIA ao afirmar que o direito penal econômico possui um caráter particularmente intimidativo e “a incerteza que isso implica, reforçado pela severidade das sanções previstas, transformam-no em muitos lados, em pura prevenção geral, desaguando, muitas vezes, em terror.” CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 302.

<sup>206</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

<sup>207</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

estatal, adotar o critério teleológico é falhar de início. Explica-se: admitir que são válidas sanções múltiplas desde que a finalidade de cada qual seja distinta, é dar carta branca a um legislador que se revela incontestavelmente criativo (e punitivista).

Com a adoção de tal critério, o legislador pode – de forma cumulativa e legítima – impor uma sanção para reprovar, uma sanção para ressocializar, uma sanção para intimidar, uma sanção para reafirmar a norma, uma sanção para neutralizar o agente, uma sanção pedagógica, uma sanção para regulamentar a atividade naquele setor, e quantas outras sanções a imaginação legislativa – em criar novas funções, inclusive lembrando que o destinatário pode ser pessoa física e/ou jurídica, o que deixa o campo de criatividade mais fértil – permitir.

Não parece, definitivamente, que tal possibilidade deve (livremente) existir, seja analisando através do prisma de *ne bis in idem*, seja analisando através do prisma da *proporcionalidade* da sanção *versus* ato cometido.

#### 1.4.3.4 Distinção pelo conteúdo do ilícito

A tentativa de traçar a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo através do seu conteúdo não é, definitivamente, inédita. A discussão, ao menos partindo de uma visão eurocêntrica, remonta ao século XIX<sup>208/209</sup>.

Na Alemanha, a obra publicada por James GOLDSCHMIDT, em 1902, denominada *Das Verwaltungsstrafrecht*, foi um marco a respeito do tema. O autor buscou estabelecer um critério *qualitativo* capaz de distinguir ilícito penal e

<sup>208</sup> Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a obra de Joannis Carmignani, denominada “Juris criminalis elementa”, publicada em 1833, que tratava do tema. Ainda na escola toscana, veja-se Francesco Carrara, discípulo de Carmignani, que também tratou do assunto. Veja-se, ademais, a discussão doutrinária alemã que buscou traçar distinção entre crime e ilícito de polícia (*Polizeiunrecht*) e que precedeu ao clássico estudo de Goldschmidt, com Lorenz von Stein, Otto Mayer e Franz Von Liszt. Para aprofundamento, recomenda-se: D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>209</sup> Não obstante Carmignani tenha registrado, em sua obra, que foi na classificação de delito realizada por Cesare Beccaria – na clássica obra do século XVIII, *Dos delitos e das penas* – que encontrou uma (primeira) definição de “delito de polícia”. Beccaria distinguia entre os delitos que destroem imediatamente a sociedade ou quem a representa (delitos de lesa majestade), os que ofendem a vida, os bens, a honra ou a segurança dos cidadãos (delitos que perturbam a segurança privada) e, finalmente, os que representam ações contrárias àquilo que os cidadãos estão obrigados por lei a fazer – ou não fazer (delitos que alteram a tranquilidade pública e o sossego dos cidadãos). Tais informações estão detalhadas em JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III. 4. ed. Losada: Buenos Aires, 1977, p. 140 e ss.

ilícito administrativo e o fez contrapondo *Wollendürfen* (que se refere à esfera dos sujeitos de direito) a *Wohlfahrt* (que se refere à esfera do agir estatal). O direito penal, conforme o autor, dirigir-se-ia às condutas que lesionam um bem jurídico – lesão à dimensão material –, enquanto o direito administrativo dirigir-se-ia às condutas que se voltam à não consecução de um bem – lesão à dimensão formal<sup>210</sup>.

Mais especificamente, GOLDSCHMIDT opôs as ideias de *damnum emergens* e *lucrum cessans*. Para o autor, o ilícito penal estava necessariamente relacionado à noção de *damnum emergens*, posto que a conduta implicaria na lesão de um bem jurídico, ou seja, em um resultado danoso; já o ilícito administrativo estava ligado à ideia de *lucrum cessans*, vez que a conduta implicaria na lesão do preceito normativo orientado à promoção de algum valor, ou seja, em uma não-ocorrência de um resultado favorável<sup>211/212</sup>.

---

<sup>210</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

<sup>211</sup> De forma mais detalhada e aprofundada expõe Fabio Roberto D’Avila que “o *damnum emergens* consistiria em uma ‘insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral’ (*die Auflehnung eines Willensträger gegen den allgemeinen Willen*). Uma realidade em que teríamos, por um lado, um dano à ‘esfera de poder’ (*Machtsphäre*) de um outro portador de vontade, expressa juridicamente em um efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e, por outro, a lesão à vontade geral representada pela própria norma. Ou ainda, de forma simples, duas precisas dimensões, uma formal e outra material, ofendidas simultaneamente através da violação conjunta tanto do preceito normativo, quanto do seu objeto de proteção. E somente aqui, na presença de um *damnum emergens*, é que poderíamos falar em um ilícito com dignidade penal. Em contrapartida, a ausência de um bem jurídico na posição de objeto diretamente protegido pela norma afastaria a possibilidade de reconhecer um ilícito penal, mas não de reconhecer outras formas de ilicitude de natureza não-penal ou, de forma mais precisa, um ilícito administrativo. Neste, ao invés de uma formulação normativa voltada à tutela de um certo “bem jurídico” (*Rechtsgut*), teríamos, isto sim, uma norma orientada à promoção de um valor despido de um portador de vontade, expresso, por Goldschmidt, na noção de ‘bem público’ (*öffentliches Wohl*). Bem público este que, diga-se, não consistiria em um ‘resultado’, isto é, algo dado, mas sim em um simples objetivo, de modo que a sua oposição seria incapaz de representar um dano a algo dado – como se percebe no ilícito penal –, mas apenas a omissão da promoção de um objetivo (*Unterlassung der Förderung eines Ziels*). Um ilícito estabelecido não sobre a ocorrência de um resultado danoso, mas sobre a não-ocorrência de um resultado favorável, e, portanto, a partir da ideia de um *lucrum cessans*.” D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 122.

<sup>212</sup> A compreensão da ilicitude a partir da oposição entre as ideias de “prejuízo” e de “ausência-de-benefício” não foi inovação de GOLDSCHMIDT. CARMIGNANI já compreendia que crimes eram lesões à segurança, enquanto crimes de polícia eram lesões à prosperidade, razão pela qual o ilícito penal era construído pela *necessidade de repressão* enquanto o ilícito administrativo tinha *utilidade de criação*. D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 123.

As construções de GOLDSCHMIDT são retomadas por Erik WOLF, três décadas mais tarde, ao compreender que as normas que tipificam crimes são inspiradas em *valores de justiça*, enquanto as normas que sancionam ilícitos administrativos são inspiradas em *valores de bem-estar*.<sup>213</sup> Também Hans Gerhard MICHELS adota critério distinto *qualitativo*, seguindo os passos de GOLDSCHMIDT e WOLF, ao desenvolver sua teoria do conteúdo de desvalor ético-social para os ilícitos penais<sup>214</sup>.

As posições qualitativas, porém, perderam espaço na doutrina alemã a partir da Reforma de 1968, que promoveu a descriminalização de diversas condutas, algumas delas tornando-se ilícitos contraordenacionais.<sup>215</sup> Isso porque, aos olhos dos que adotam posições meramente *quantitativas*, o fato de haver múltiplos exemplos de condutas que já foram caracterizadas como ilícito penal e que se converteram em ilícitos administrativos – e vice-versa – “bem demonstra que as posições do ilícito penal e do ilícito administrativo são intercambiáveis e, nessa medida, revelam inexistir diferença ontológica entre elas, sendo ambas expressões do *jus puniendi estatal*”<sup>216</sup>.

Assim, no final dos anos 70, Heinz MATTES, ao analisar múltiplos exemplos, defendeu a impossibilidade de distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo<sup>217</sup>, não se contentando, porém, com a ideia de que a impossibilidade de distinção significasse, automaticamente, a identidade entre os ilícitos<sup>218</sup>.

Atualmente, a literatura alemã contempla diversos posicionamentos. Veja-se, por exemplo, Wolfgang MITSCH, que enxerga a relação entre a ilicitude penal

---

<sup>213</sup> FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La ‘Administrativización’ de la Coerción Estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006, p. 43.

<sup>214</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 124.

<sup>215</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

<sup>216</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 353 e 354.

<sup>217</sup> “MATTES criticó a GOLDSCHMIDT que no cabía diferenciar entre fines del derecho y fines de la Administración y, por lo tanto, entre un orden administrativo material distinto al orden jurídico material, en tanto la confrontación contra un orden jurídico no obtiene su demérito de la afectación de un valor de orden determinado, sino de su oposición con el fin general pretendido por el derecho”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 238.

<sup>218</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

e administrativa como uma relação de *plus-minus*. Ou seja, adotando critério distintivo meramente *quantitativo*, MITSCH defende que as características penais estão presentes nos ilícitos administrativos, mas em um bem jurídico de menor valor ou em uma exposição menos prejudicial<sup>219</sup>.

Já Wolfgang NAUCKE, adotando critério distintivo *qualitativo*, relaciona a gravidade da conduta com a finalidade da pena, concluindo que apenas o crime merece sanção com finalidade retributiva, enquanto os ilícitos administrativos – com menor importância que os crimes – merecem sanções com finalidade preventiva<sup>220</sup>.

Há, por fim, posicionamentos mistos, segundo os quais seria possível, partindo da Constituição, distinguir *qualitativamente* certos delitos – aqueles correspondentes ao denominado núcleo (duro) do direito penal – de ilícitos administrativos. Nesses casos, se entende que existem limites de ordem constitucional que resultam em um caráter vinculante para o legislador. Fora de tal núcleo, porém, a permanência de uma conduta no grupo de ilícitos penais ou administrativos se determina de forma *quantitativa*, pelo legislador, a depender da gravidade<sup>221/222</sup>.

Esta postura *qualitativa-quantitativa* se observa também nos pronunciamentos do Tribunal Constitucional Federal – BverfG –, porquanto vem sustentando que, a partir da Constituição, há um núcleo de repressão puramente ética, pertencente indubitavelmente ao direito penal, e outro de repressão técnica, espaço do direito contraordenacional – sendo que o legislador está obrigado a observar a existência de tais (distintos) núcleos. Já nos espaços

---

<sup>219</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 125.

<sup>220</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

<sup>221</sup> FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La 'Administrativización' de la Coerción Estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006, p. 52.

<sup>222</sup> Claus ROXIN, por exemplo, participa do critério misto, ao rechaçar a ideia de uma diferenciação qualitativa entre delitos e contravenções que tenha como fundamento o fato de que crimes violam bens jurídicos, enquanto contravenções violam interesses administrativos ou que tenha como fundamento o fato de que o crime contém especial desvalor ético, enquanto o ilícito administrativo constitui simples desobediência à disposições administrativas. ROXIN outorga ampla preponderância ao elemento quantitativo, sem prejuízo de defender que há um momento/limite em que quantidade se transforma em qualidade. Tal limite está justamente no núcleo do direito penal, que não é passível de se regulamentar através de ilícitos/sanções administrativas, como é o caso do homicídio, do roubo, etc.). ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007, p. 54, 57, 71 e 72.

limítrofes – que escapam aos evidentes núcleos –, a diferença seria meramente *quantitativa*.<sup>223/224</sup>

Na literatura italiana, o tema passou a ganhar relevância com a promulgação da Lei n. 689 de 1981, que descriminalizou ilícitos penais punidos apenas com multa e regulamentou os ilícitos administrativos. Em 1983, foi editada uma circular da Presidência do Conselho de Ministros, na intenção de estabelecer critérios para a adoção de multa administrativa por parte do legislador, que são: (i) a tutela de bens constitucionais de nível não primário, (ii) a repressão de agressões não graves, (iii) a repressão de agressões mesmo graves, todas as vezes em que a sanção administrativa for não menos eficaz do que a sanção penal, em termos de prevenção geral e especial.

Diante disso, a doutrina italiana se inclinou pela impossibilidade de se distinguir *qualitativamente* ilícitos penais e administrativos, havendo adotado os critérios relativos à *pena imposta* e à *autoridade que impõe* para proceder a distinção<sup>225</sup>.

Na literatura espanhola, os estudos que buscam traçar a distinção entre ilícito penal e administrativo vêm sendo desenvolvidos de modo aprofundado desde os anos 70, mas de um modo distinto, pois “o aumento da atividade administrativa do Estado não deu lugar a uma hipertrofia do Direito Penal, como nos demais países europeus (Alemanha, França, Itália), senão ao desenvolvimento de um desmensurado poder sancionatório da Administração”<sup>226</sup>.

No país, a legislação divide as chamadas “faltas” – contempladas no Livro III do CPE – das sanções administrativas estabelecidas por legislação especial

<sup>223</sup> FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La ‘Administrativización’ de la Coerción Estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006, p. 52. Também LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195. Também ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007, p. 73.

<sup>224</sup> Importa ainda registrar, na Alemanha, a posição de Winfried HASSEMER, que alerta para a necessidade de delimitação do Direito penal – criticando o seu caráter expansionista e a sua administrativização. Nesse sentido vide HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 66 e ss. Ao abordar a insuficiência do direito administrativo e a necessidade de o direito penal manter seus predicados, HASSEMER propõe a criação de um direito de intervenção. Sobre o tema e sua aplicabilidade no Brasil, recomenda-se a leitura de OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

<sup>225</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196.

<sup>226</sup> CEREZO MIR, José. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1993. v. 2.

– cujas aplicações estão regulamentadas no Título IX da Lei 30/1992<sup>227</sup>. Deixando de lado as “faltas”, parte significativa da doutrina e da jurisprudência estão em consonância ao afirmar que a distinção é meramente *quantitativa*.

CEREZO MIR enxerga que entre ilícito penal e administrativo há conteúdo semelhante e idêntica estrutura lógica, existindo apenas distinções *quantitativas*. O autor então refere que “é urgente um reexame por parte do legislador dos limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo”<sup>228</sup> e que na redistribuição da matéria, “deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural) e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção)”<sup>229</sup>.

Também TOMILLO e RUBIALES entendem que não há qualquer distinção *qualitativa* entre os ilícitos penal e administrativo, especialmente porque o Poder Legislativo, aos olhos dos autores, pode transformar crimes em infrações legislativas e vice-versa, não sendo razoável que a natureza (ou o conteúdo material) do ilícito seja alterada por simples decisão legislativa<sup>230</sup>.

Ainda, Adolfo CARRETERO PEREZ e Adolfo CARRETERO SANCHEZ, em obra sobre direito administrativo sancionador, se posicionam no sentido de que todas as teorias que pretenderam traçar distinções substanciais entre ilícito penal e administrativo foram insuficientes, sendo que o critério “é de pura conjectura e política criminal”, vez que “não se podendo encontrar antíteses entre o direito penal e o direito administrativo, é o legislador quem pode despenalizar condutas ou dotar de conteúdo ético sanções anteriormente administrativas”<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La ‘Administrativización’ de la Coerción Estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006, p. 83.

<sup>228</sup> CEREZO MIR, José. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1993. v. 2.

<sup>229</sup> CEREZO MIR, José. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1993. v. 2. Importante registrar que o autor entende que “diante desse contexto, de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal”.

<sup>230</sup> TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador – Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008, p. 99 e ss. Veja-se, nesse ponto, que caso se compreenda que há um critério *qualitativo* que distingue os ilícitos, há que se reconhecer que tal critério guia e vincula o legislador. Portanto, caso o legislador tipifique como crime algo que possui natureza de ilícito administrativo, por exemplo, há que se reconhecer o equívoco do legislador e não que este “alterou a natureza do ilícito”. Trataremos do tema com mais dedicação, nos tópicos seguintes.

<sup>231</sup> CARRETERO PEREZ, Adolfo; CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1992, p. 101. Tradução livre de: “todos los criterios o teorías que pretenden hallar una diferencia sustancial entre el delito y la



Não são todos os autores espanhóis, contudo, que se curvam ao critério quantitativo de distinção<sup>232</sup>. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, por exemplo e considerando as particularidades das sociedades pós-industriais e a irreversibilidade da aproximação ocorrida entre Direito penal e Direito administrativo, apresenta uma nova proposta para distinguir tais classes de ilícitos.

O autor propõe uma distinção *qualitativa* que considere a (distinta) finalidade perseguida pelo ilícito penal e administrativo, os critérios de imputação empregados e o modo de compreender suas respectivas lesividades, bem como as garantias formais e materiais que caracterizam a imposição das sanções penais e administrativas<sup>233/234/235</sup>.

---

contravención son insuficientes. Cualquier infracción es un ilícito. (...) El criterio del derecho lesionado es de pura coyuntura y de política legislativa, puesto que resulta imposible distinguir cuándo la Ley castiga la infracción como ataque a un derecho o a un interés general. (...) Es el propio ordenamiento el que ha de señalar la diferencia y no otros criterios. Siendo todas las infracciones de la misma naturaleza y no pudiendo encontrarse la antítesis Derecho Penal < Derecho Administrativo, es el legislador quien puede despenalizar conductas y dotar de contenido ético otras sanciones anteriormente administrativas.”

<sup>232</sup> Registre-se, exemplificativamente, GARCÍA CAVERO que, ao referir especificamente ao Direito penal econômico, conclui pela insuficiência da adoção do critério meramente quantitativo e estabelece que a diferenciação deve ser qualitativa e estar nos distintos critérios de imputação e mecanismos de reestabilização das expectativas defraudadas que marcam o direito penal e o direito administrativo sancionador. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico – Parte general*. Lima: Ara, 2003, p. 67 e ss.

<sup>233</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112 e ss.

<sup>234</sup> Assim, por exemplo, “é evidente que a sujeição a um juiz é uma diferença qualitativa, como o é a impossibilidade de que a administração imponha sanções privativas de liberdade”. Ademais, “o direito penal persegue a proteção de bens concretos e o direito administrativo persegue a ordenação de setores da sociedade”. Mais, o direito administrativo sancionador, na condição de ordenador de setores de atividade, pode adotar critérios de afetação “estadísticos”, de dano cumulativo ao invés de sancionar lesividades ou perigosidades relacionadas a imputações pessoais/individuais. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116 e ss.

<sup>235</sup> Nesse ponto, vale registrar o tratamento que SILVA SÁNCHEZ confere ao Direito penal e suas (diferentes) velocidades. O autor estabelece que a primeira velocidade está relacionada ao Direito penal que impõe pena privativa de liberdade – o núcleo (duro) do Direito penal e que, por isso, deve obediência aos exigentes princípios penais fundamentais. Já a segunda velocidade está relacionada ao Direito penal que renuncia à pena privativa de liberdade e impõe sanções mais próximas das sanções administrativas (restritivas de direito, multa, sanções que recaem em pessoas jurídicas...), situação em que o autor defende que haja uma flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais. A terceira velocidade seria a junção das duas primeiras velocidades, “na qual o Direito penal da pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”. SILVA SÁNCHEZ entende que essa “terceira velocidade” já existe, em ampla medida, no direito penal socioeconômico, mas que assim não deve ser. O autor defende que, nesse âmbito, deve haver uma recondução à primeira ou à segunda velocidade. Porém, isso não significa que o autor rechaça a possibilidade de um direito penal “de terceira velocidade” – que toca o direito penal do inimigo – em casos de “delinquência patrimonial profissional, delinquência sexual violenta e reiterada ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-

Na França, não houve um desenvolvimento legislativo único sobre as sanções aplicadas pela Administração, razão pela qual o papel dos juízes administrativos foi fundamental para esboçar uma sistematização.<sup>236</sup>

Parte da doutrina francesa tem adotado posições *quantitativas* para divorciar o ilícito penal e administrativo, o que foi reforçado pela proposta elaborada pela Comissão de Revisão do Código Penal “que sugeriu o uso de três indicadores, cada um deles com gradações, para delimitar a noção de infração: a transgressão, o dano e o interesse protegido. Esses critérios combinados indicariam se a conduta deveria ser proibida pelo direito penal ou pelo direito administrativo”<sup>237</sup>.

Em Portugal, vasta doutrina foi desenvolvida sobre o tema, havendo clara inclinação à adoção de critério *qualitativo* para a distinção entre ilícito penal e administrativo. Nesse sentido, por exemplo, Eduardo CORREIA, ao defender que, diferentemente do ilícito penal, o ilícito administrativo não apresenta, como conteúdo material, valores ou interesses *fundamentais* da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa *ordem social*, sendo, por consequência, indiferente à ordem moral.<sup>238</sup>

Os estudos de Eduardo CORREIA a respeito das leis alemãs de contraordenações inspiraram o direito das contraordenações ou de mera ordenação português, instituído em 1979 através do Decreto-Lei n. 232 – e hoje disciplinado pelo Decreto-Lei n. 433/82 com alterações promovidas pelos Decretos-Lei n. 356/89, 244/95, 323/2001 e 109/2001<sup>239/240/241</sup>.

---

Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

<sup>236</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

<sup>237</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

<sup>238</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

<sup>239</sup> O diploma normativo está disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=166&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis)>. Acesso em: 10.07.2020.

<sup>240</sup> Sobre o tema do surgimento do ilícito de mera ordenação social em Portugal, vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

<sup>241</sup> O primeiro artigo do Decreto-Lei 433/82 traz a definição de ilícito de contraordenação aduzindo que “constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. Nos artigos seguintes são trazidas as considerações sobre o ilícito contraordenacional no tempo e no espaço, bem como considerações sobre dolo, erro, tentativa, desistência, participação, etc.

FIGUEIREDO DIAS, (também) adotando critério distintivo *qualitativo*, entende que, não obstante não seja possível compreender qualquer ilícito – tampouco o contraordenacional – como ético-socialmente indiferente, no ilícito penal é viável constatar um desvalor ético-social em momento anterior à valoração normativa, ou seja, quando considerada *a conduta por si mesma*. “Existem na verdade condutas às quais, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas às quais não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social.” A conduta, segundo o autor, “independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso axiológico-socialmente relevante, no segundo caso axiológico-socialmente neutra”<sup>242/243</sup>.

Como bem coloca Fabio Roberto D’AVILA, em consonância com as vozes portuguesas, não obstante seja correto afirmar que o desvalor ético-social tem que estar presente em um ilícito penal, “isso está longe de significar que todas as condutas ético-socialmente desvaliosas devam estar penalmente sancionadas”<sup>244</sup>.

No Brasil, bem como nos demais países analisados, a discussão existe há tempo significativo, sem que se tenha alcançado uma resposta pronta e definitiva.

Muitos autores se posicionam pela inexistência de uma distinção quanto ao *conteúdo* do ilícito penal e administrativo. É o caso de REALE JÚNIOR que compreende que não há distinção no que refere à substância dos ilícitos. Conforme o autor, em ambos há a defesa de bem jurídico fundamental e, assim, pouco importa se a tutela advém do direito penal ou do direito administrativo:

---

<sup>242</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I. 2.* ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 150 e ss.

<sup>243</sup> Veja-se que mesmo em situações que guardam direta relação com a *quantificação*, FIGUEIREDO DIAS – que não ignora por completo o critério *quantitativo* – consegue compreender pela distinção *qualitativa*. No ilícito de dirigir sob influência de álcool, por exemplo, o autor entende que se o grau de alcoolemia é entre 0,5 e 0,8, há uma contraordenação grave. Se é entre 0,8 e 1,2, há uma contraordenação muito grave. Igual ou superior à 1,2, há crime, porque “a conduta torna-se ético-socialmente relevante”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I. 2.* ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 151 e ss. O que não fica claro, nesse ponto, é se, para o autor, ao atingir o grau de alcoolemia de 1,2 o indivíduo praticará *apenas* crime (já que passou a constituir um ilícito penal – englobando a contraordenação) ou se o indivíduo praticará crime *e, também, contraordenação*, já que ambos estão constituídos.

<sup>244</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 128.

sempre se está a proteger a “existência social”, não (apenas) o interesse da Administração ou a obediência à mesma.<sup>245</sup>

Diante de tal constatação, REALE JÚNIOR conclui que, portanto, “a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social”<sup>246</sup>.

No mesmo trilhar, REGIS PRADO, ao defender que o delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Para o autor, tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico e na necessidade de imposição, como expressão de um juízo desvalorativo ético-social<sup>247</sup>.

Assim, conclui que “entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas distinções *quantitativas*” e que incumbe ao legislador traçar os limites entre ilícito penal e ilícito administrativo, “pautando-se preferencialmente pela gravidade das infrações do ponto de vista material (desvalor ético-social) e, secundariamente, por considerações de ordem político-criminal (rapidez e eficácia da sanção)”<sup>248</sup>.

Também entre os estudiosos do direito administrativo – essenciais para o presente estudo, que trata do encontro entre direito penal e direito administrativo, não obstante os *penalistas*, regra geral, (o) estudem abraçados apenas a outros *penalistas* – há rechaço quanto à adoção do critério *qualitativo*.

Régis FERNANDES DE OLIVEIRA rejeita a distinção ontológica dos ilícitos penais e administrativos:

O legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos, etc. Filtra-os pela hipótese normativa e lhes dá a consequência jurídica que entende correta. Apenas após tal emolduração jurídica, feita através da norma, é que se pode falar em distinções sancionadoras. O fato de agredir com maior ou menor intensidade a ordem jurídica não traz utilidade ao jurista. Logo, a análise da essência do comportamento é inconveniente e despicienda, bem como é a reação graduada do ordenamento

---

<sup>245</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luis Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

<sup>246</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luis Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

<sup>247</sup> PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

<sup>248</sup> PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

jurídico. Vale dizer que vai importar ao jurista não a análise da substância da lesão ou da reação, mas o regime jurídico do ato praticado, sua específica eficácia jurídica, bem como o meio posto à disposição do estado para aplicar as punições previstas em lei.<sup>249</sup>

No mesmo sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao tratar das infrações e sanções administrativas. O autor entende que não há que se cogitar de qualquer distinção substancial entre tais infrações e as penas<sup>250</sup>. Também Eduardo ROCHA DIAS, ao apresentar o regime jurídico próprio das sanções administrativas, se aventurou na tentativa de distinguir ilícitos administrativos e penais, concluindo que “inexiste distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A diferença é unicamente formal, decorrente de razões de política legislativa”<sup>251</sup>.

Na mesma linha, Heraldo GARCIA VITTA, que, ao analisar a estrutura da norma jurídica, verificou, “na essência, a igualdade ontológica dos ilícitos penal e administrativo: não há distinção de natureza, mas de grau, à medida da maior intensidade do valor de uma ou outra, a critério do legislador”<sup>252</sup>.

Rafael MUNHOZ DE MELLO se posiciona de modo *pouco diverso*. O autor é crítico não apenas em relação ao critério *qualitativo*, mas também em relação ao critério *quantitativo*: “tanto a corrente qualitativa como a quantitativa padecem do mesmo mal: pretendem diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo”, sendo que “ao jurista não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo”<sup>253</sup>.

Prossegue o autor que, então, é irrelevante afirmar distinções pelo grau de gravidade ou pela identidade dos ilícitos, “porque o legislador pode

---

<sup>249</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26 e ss. O autor, em verdade, como visto, entende que a distinção vem em razão da autoridade/órgão que impõe a sanção.

<sup>250</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. No mesmo capítulo, o autor registra que “o que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”.

<sup>251</sup> DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 109.

<sup>252</sup> VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008. Também este autor acaba por adotar o critério distintivo relacionado à autoridade que impõe a sanção.

<sup>253</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57 e ss.

simplesmente dispor de outra forma, deixando de observar os critérios de distinção indicados pelas teorias quantitativas ou qualitativas”<sup>254</sup>.

Tal posicionamento é *pouco diverso* posto que, não obstante critique ambas as teorias distintivas quanto ao conteúdo do ilícito, acaba por se filiar à compreensão exarada pelos demais autores citados, no sentido de que há um campo aberto para o legislador definir se a conduta se amolda ao ilícito administrativo ou penal.

Interessante notar que também os estudiosos do direito tributário – quando da análise de eventual *bis in idem* entre sanções administrativas-tributárias e sanções penais-tributárias – se debruçaram sobre o tema e concluíram pela inexistência de diferença ontológica entre ilícito penal e administrativo. “Ambos podem ser definidos como atos contrários à lei, frente aos quais o Estado reage para o efeito de restabelecer a ordem, mediante a imposição de um castigo. O que varia, unicamente, é o grau de intensidade (da ofensa e do correspondente castigo)”, afirma Fabio BRUN GOLDSCHMIDT<sup>255</sup>.

Já Hugo de BRITO MACHADO, não obstante concordar com a inexistência de diferença ontológica entre ambos os ilícitos, aduz que “não tem consistência a distinção, por muitos preconizada, que considera a gravidade do cometimento ilícito, ou da sanção correspondente”<sup>256</sup> e isso porque existem sanções administrativas (multas, por exemplo), aplicadas por autoridades administrativas, muito superiores às sanções penais (multas, novamente, por exemplo), aplicadas pelo Poder Judiciário.

Por fim, Fábio MEDINA OSÓRIO, em uma das poucas obras brasileiras (específicas) sobre direito administrativo sancionador, (também) registra a enorme dificuldade em se diferenciar ilícitos penais e administrativos através do critério do *conteúdo*. “Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre

---

<sup>254</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57 e ss.

<sup>255</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 353.

<sup>256</sup> MACHADO, Hugo de. Teoria das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Sanções Administrativas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 164. O autor afirma que “o único critério válido, em nosso Direito positivo, para distinguirmos as sanções penais das sanções administrativas

as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos”<sup>257</sup>.

O autor segue afirmando que prova disso é o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos: pode um ilícito hoje ser penal e, no dia seguinte, amanhecer administrativo ou vice-versa. “Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo.”<sup>258</sup> Entende MEDINA OSÓRIO que pode haver *tendências*, em termos de política do *direito punitivo*, mas não *espaços demarcados* por critérios *qualitativos*, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, em que se torna possível apontar situações de uma obrigatoria tipificação penal ou, ao revés, de tipificação penal interdita.

Há, no Brasil, (poucos) autores que entendem pela *possibilidade* de se distinguir ilícitos penais e administrativos através de seu conteúdo, mas não nos termos tradicionalmente dispostos pelos teóricos da posição *qualitativa*. É o caso de Helena Regina LOBO DA COSTA ao afirmar que o crime e o ilícito administrativo não existem como *realidade*, mas como *produto de uma definição*, ou seja, de uma *criação normativa*. Para a autora, portanto, a falha dos autores que compreendem pela diferença ontológica entre tais ilícitos é de partida: se ambos são *criações normativas*, as suas distinções têm de ser buscadas no campo normativo<sup>259</sup>.

Normativamente, é assente que o ilícito penal exige o atendimento de distintos requisitos – formais e materiais – que vinculam por vezes o legislador, por vezes o julgador e, por vezes, ambos. O requisito da *dignidade penal* – composto pelos elementos *justiça* e *adequação* – é o principal<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

<sup>258</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

<sup>259</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

<sup>260</sup> “O elemento de justiça é composto pela lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-penal e pela obediência estrita aos princípios fundamentais do direito penal: legalidade (e seus princípios derivados), subsidiariedade, fragmentariedade, insignificância, proporcionalidade, humanidade. A adequação diz respeito à viabilidade do meio (criminalização e, por consequência, utilização do sistema penal e da pena) para o atingimento do fim (tutela do bem jurídico-penal respeitando-se os princípios do direito penal). Justiça e adequação são dois elementos que se relacionam de forma dinâmica. A criminalização eficiente, porém injusta, transforma o direito em terror, viola os direitos fundamentais da pessoa e acaba por esgarçar, a longo prazo, a própria força do direito penal. (...) Já a pena justa, porém ineficiente, corrói a confiança na aplicação das normas, além de gerar desigualdade, pois a pena aplicada

Também o ilícito administrativo – normativamente – encontra limites formais e materiais<sup>261</sup>. “Trata-se, portanto, de ilícitos diferentes entre si, não só no que refere à sua estrutura normativa como também ao sistema em que se inserem”, sendo que “essa constatação é fundamental, já que a indiferenciação entre o direito penal e o direito administrativo acaba se revelando como um convite para o legislador agir sem princípios”<sup>262</sup>.

## 1.5 CONCLUSÕES (PRÓPRIAS) SOBRE OS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

Apresentada a (complexa) discussão sobre os possíveis critérios de distinção entre ilícito penal e administrativo, é chegado o momento de registrar as conclusões alcançadas através deste estudo. É por demais pretensioso querer apresentar *resposta* ao debate que há mais de século se impõe, portanto – e naturalmente – o que se passa a apresentar são *as opções* (e justificativas pelas quais foram realizadas) que serão tomadas como *base* para a construção da presente tese.

Inicialmente, e como já restou antecipado, não se entende razoável que o legislador *livremente decida* se determinado fato constituirá ilícito penal ou ilícito administrativo. Estamos, nesse ponto, com LOBO DA COSTA ao afirmar que (simplesmente) admitir a indiferenciação entre o direito penal e o direito administrativo se revela como um *convite para o legislador agir sem princípios*<sup>263</sup>.

Por tal razão é que se descarta, de início, dois dos critérios distintivos: aqueles que separam ilícito penal de administrativo *em razão da autoridade que impõe a sanção* e *em razão da pena que é imposta*. Ambos os critérios são, justamente, convites para que o legislador atue sem qualquer limitação: o legislador poderá livremente atribuir a natureza que bem desejar ao ilícito e, ex

---

ineficientemente aumenta ainda mais a seletividade do direito penal, produzindo déficits de execução”. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203 e 204.

<sup>261</sup> A autora menciona que os limites materiais seriam os mencionados por Fábio MEDINA OSÓRIO – direitos fundamentais, liberdades públicas e princípios constitucionais –, e não discorre diretamente sobre os limites formais.

<sup>262</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.

<sup>263</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.



*post*, poderá ser feita a distinção através da autoridade que impôs a sanção ou da própria sanção imposta.

Nesse caso, de que vale, afinal, a distinção, senão a *constatação pela constatação?*<sup>264</sup>

Não obstante tal justificativa já seja, por si só, suficiente para afastar tais critérios, não custa registrar que estes são também – como visto – *ineficazes*.

Primeiro porque, se historicamente se compreendia que sanções penais eram impostas por via judicial e sanções administrativas via Administração, hoje a realidade é diversa: sanções administrativas, como demonstrado no presente Capítulo, são impostas tanto pela Administração, quanto pelo Poder Judiciário. Ou seja: o critério que pretende distinguir os ilícitos através da autoridade que impõe a sanção é insuficiente para cumprir tal função.

Segundo porque as sanções impostas pelo direito penal e pelo direito administrativo caminham cada vez mais próximas. Multas, suspensões e interdições temporárias de direito são aplicadas tanto pelo direito penal, quanto pelo direito administrativo. A única exceção é, ainda e como visto, a pena privativa de liberdade. Tal fato, porém, está longe de ser apto a distinguir os ilícitos, a um porque existe crime que sequer prevê pena privativa de liberdade em seu preceito secundário (vide o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) e a dois, porque muitos crimes, não obstante prevejam abstratamente a pena privativa de liberdade, em concreto acabam por impor justamente as mesmas sanções previstas administrativamente (no âmbito do direito penal econômico, por exemplo, isso é a regra).<sup>265</sup>

Restam dois critérios, portanto, capazes de *guiar* o legislador na hora de compreender um ilícito como penal ou administrativo: o critério que considera a *finalidade da sanção imposta* e o critério que considera o *conteúdo do próprio ilícito*.

Como antecipado no tópico 1.4.3.3 – razão pela qual àquele tópico se faz remissão para compreensão mais detalhada -, há problemas incontornáveis na adoção do critério teleológico como elemento diferenciador central.

---

<sup>264</sup> Leia-se: nesse caso, identificar o ilícito como penal ou como administrativo está a servir apenas como mera e final constatação, já que o ilícito já está (im)posto na ordem jurídica, e não como um (pretendido) guia útil para o legislador.

<sup>265</sup> Isso ocorre, como se sabe, no Brasil, em razão das regras de fixação dos regimes de cumprimento da pena – conforme estabelecem os artigos 33 e ss. do Código Penal –, bem como em razão das regras de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito – conforme regras ditas nos artigos 44 e ss. do Código Penal.

A um, a discussão sobre quais são, efetivamente, as funções da pena é *histórica e está (ainda e sempre) aberta*. Portanto, se sequer há pacificação sobre quais são as funções da pena, como atribuir (justamente) às funções da pena a missão de distinguir os ilícitos?

A dois, as funções atribuídas às sanções penais e administrativas *não são uniformes*: a depender do fato ilícito, do agente que praticou, enfim, das peculiaridades do caso, pode prevalecer determinada função em detrimento de outra(s).

A três, as funções atribuídas às sanções penal e administrativa se confundem: ambas buscam *função preventiva* e ambas buscam *função retributiva*. Ademais, mesmo a *função simbólica* já vem sendo pretendida/alcançada por ambas as sanções.

A quatro, adotar o critério teleológico como guia de distinção para o legislador, permite que este imponha – de forma cumulativa e legítima – sanção para reprovar, outra para ressocializar, para intimidar, para reafirmar a norma, para neutralizar o agente, para fins pedagógicos, para regulamentar a atividade naquele setor, e quantas outras sanções a imaginação/o desejo do legislador, em estabelecer novas funções (e novas sanções), permitir.

Por fim, – e mais uma vez recorrendo à exposição já realizada no item 1.4.3.3 – entende-se que é ainda mais seguro, para a construção teórica do direito penal, o alinhamento às correntes normativistas do que às correntes funcionalistas, em especial diante da flexibilização (e conveniência) que marca a(s) definição(ões) sobre a(s) real(is) função(ões) do direito penal e da pena.

Com isso, chega-se à opção que distingue os ilícitos penal e administrativo *pelo seu próprio conteúdo*.

Como exposto, uma ampla parcela da doutrina *nega* a distinção ontológica entre ilícito penal e administrativo. Mas há circunstâncias que conduzem à conclusão de que o critério distintivo não pode ser meramente *quantitativo*.

Primeiro, por uma constatação fática que não pode ser ignorada: atualmente existem (não raras) situações em que a sanção administrativa é muito mais gravosa do que a sanção penal<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup> Também já expusemos a respeito, mas vale considerar, nesse ponto, que temos um direito administrativo que a cada dia amplia e fortalece mais suas sanções – chegando a multas exorbitantes e interdições totais às atividades – e um direito penal que, ao menos em parte, se preocupa com o desencarceramento, optando por medidas alternativas ao processo (transação

Há, ainda, outra constatação fática importante, no que refere ao critério *quantitativo*. Há condutas *inegavelmente graves* que são sancionadas apenas com o direito penal, como é o caso do homicídio, do latrocínio, do estupro, do roubo. Há condutas *inegavelmente não-graves* que são sancionadas apenas com o direito administrativo, como é caso de dirigir com somente uma mão no volante ou atravessar fora da faixa de pedestre. Há, porém, condutas que estão em uma zona *intermediária* – uma *zona de penumbra* – e, conseqüentemente, não são tão facilmente caracterizadas como ilícito penal ou administrativo. Ocorre que, como regra, é *justamente nessa hipótese* que *as sanções se cumulam*.

É o que ocorre, por exemplo, no âmbito do direito ambiental, do direito tributário, do direito financeiro, do direito do consumidor – e tantos outros âmbitos em que, não coincidentemente, direito penal e direito administrativo se *encontram*.

O que se está a afirmar é: considerando um critério meramente *quantitativo* (ou seja, um critério que considera exclusivamente o *grau da gravidade*), sentido nenhum faz que condutas pouco graves sejam sancionadas apenas com direito administrativo, condutas graves sejam sancionadas apenas

---

penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal) ou por medidas alternativas à pena (multas, penas restritivas de direito, suspensão condicional da pena). Isso explica, em parte, essa inversão da lógica que impõe o princípio da intervenção mínima: o direito administrativo acaba, por vezes, sendo mais temido e mais gravoso do que o direito penal.

com direito penal e condutas *intermediárias* sejam sancionadas *com a soma dos esforços penal e administrativo*<sup>267/268</sup>.

Segundo, se questionássemos sobre a possibilidade de o legislador (atualmente) compreender as condutas de homicídio, latrocínio e estupro – para ficar em poucos exemplos – como ilícitos *administrativos*, dificilmente alguém se posicionaria favorável. Da mesma maneira, caso questionássemos sobre a possibilidade de o legislador (atualmente) compreender as condutas de dirigir com somente uma mão no volante ou atravessar fora da faixa de pedestre como ilícitos penais, dificilmente alguém se posicionaria favorável.

---

<sup>267</sup> Vale a confissão de que já refletimos muito sobre este ponto. Aparentemente, o que ocorre é que os crimes mais graves são, regra geral, considerados o *núcleo duro* do direito penal e, portanto, são tratados diretamente pelo direito penal. Os crimes não-graves são exemplos nítidos de imposição (direta e única) de direito administrativo. Mas há condutas que inicialmente podem ser tuteladas pelo direito administrativo, mas que, em razão da incrementação da gravidade, passam a (poder) ser tuteladas pelo direito penal: e é justamente aí que ambos acabam por se cumular. Daremos dois exemplos ilustrativos dessa assertiva. Primeiro, veja-se a conduta de dirigir sobre influência de bebida alcoólica. Caso haja constatação de que o motorista está sob (qualquer) influência de álcool, está constatado o ilícito administrativo previsto no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Porém, se o motorista estiver dirigindo com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, a conduta atinge – aos olhos do legislador – uma gravidade penalmente significativa, razão pela qual está constatado o crime previsto no art. 306 do mesmo Código. Ocorre, porém, que o indivíduo, nesse caso, responderá pelo crime e (também) pelo ilícito administrativo, cumulados. Um segundo exemplo ocorre no direito tributário. Dito de modo simplista: se alguém simplesmente deixa de pagar determinado imposto, tal fato constituirá ilícito administrativo. Porém, se alguém comete uma *fraude* para sonegar determinado imposto – falsificando documentos e não declarando o que é devido, por exemplo –, tal fato constituirá crime tributário. Neste caso, veja-se, o indivíduo responderá por crime e pelo ilícito administrativo, cumulados. É como se as condutas estivessem sendo tuteladas pelo direito administrativo e, quando atingem determinado grau de gravidade, passassem a ser tuteladas pelo direito penal, que é, na expressão doutrinária, o *soldado de reserva*. Este soldado, na realidade brasileira, entra na batalha não para *substituir* o soldado do direito administrativo, mas *para atuar ao seu lado*, somando/cumulando esforços – e, conseqüentemente, somando/cumulando penas. Temos sérias dúvidas de que este é o melhor caminho, justamente por gerar a incongruência de punir com duplicidade de esforços justamente condutas de gravidade intermediária (enquanto as mais graves não possuem esta duplicidade sancionatória).

<sup>268</sup> Daniel FERREIRA também faz tal constatação, mas em termos (um pouco) distintos. Ele afirma que o direito penal e o direito administrativo sancionador atuam em parceria: às vezes podem e devem apresentar-se juntos; em outras situações só há válida manifestação de um – isoladamente –, concluindo que “é preciso, então, perceber e assimilar esses dois ramos didaticamente autônomos *quase que sem autonomia*, fazendo de um o especial companheiro do outro. Mas não simbioticamente, porque podem existir ‘peculiares hipóteses’ que exijam isolamento – e como *conditio sine qua non* de (constitucional) sobrevivência”. O autor exemplifica: para um assassinato, a pena de prisão; para um estacionamento irregular, a multa. Apenas. Não há constitucional espaço para as duas previsões e nem para a inversão de pautas ou de prioridades, quanto mais à guisa de liberdade legislativa”. FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 187. O ponto, porém, é que o autor parece, através de tais palavras, simplesmente *legitimar a atuação conjunta do direito penal e administrativo, sem maiores cuidados*, no campo intermediário – de ilícitos que não estão no campo evidentemente penal ou evidentemente administrativo.

Não obstante esses posicionamentos sejam (até mesmo) *intuitivos*, revelam que há, sim, *algo* que *direciona – e vincula – o legislador*. Há algo que determina que tais ilícitos sejam, sim, compreendidos *como penal* ou *como administrativo*, não estando o legislador agindo de modo *absolutamente livre*.

Tal constatação não está afastada pelo argumento de que os ilícitos são cambiáveis, ou seja, de que algo é direito administrativo hoje e direito penal amanhã (ou vice-versa) e que, portanto, os ilícitos têm simplesmente *a natureza que o legislador os atribui*. A verdade é que os ilícitos são cambiáveis porque estão inseridos em um espírito do tempo (*Zeitgeist*): o fato de serem cambiáveis não afasta sua distinção de identidade, mas apenas afirma que, evidentemente, essa análise está mergulhada em determinado tempo, espaço, cultura, e que isso pode alterar a compreensão sobre sua natureza<sup>269</sup>.

Outro ponto que conduz à conclusão da distinção de conteúdo – e que será mais bem explorado no Capítulo 04 – guarda relação com decisões proferidas pelos Tribunais Internacionais<sup>270</sup>. Não obstante tais decisões não necessariamente *vinculem* o Brasil, revelam estudo aprofundado sobre o tema e contribuem significativamente para a apresentação de soluções possíveis<sup>271</sup>.

As Cortes Internacionais vêm (reiteradamente) decidindo<sup>272</sup> que não necessariamente se deve considerar a classificação jurídica dada pelo legislador

---

<sup>269</sup> Para ficar em exemplo simples: o adultério era crime no Código Penal de 1940: naquele tempo, espaço, cultura, fazia (algum) sentido criminalizar a conduta de ser infiel ao cônjuge. Com a evolução social – e o advento de um novo *Zeitgeist* –, a criminalização se revelou anacrônica e a conduta foi, então, descriminalizada. Não significa que o legislador agiu ao seu bel-prazer primeiro criminalizando e depois descriminalizando. Significa, muito antes, que o legislador olhou para a conduta (de ser infiel ao cônjuge) através das lentes de cada tempo. E, com isso, constatou a sua natureza de crime (em 1940) e de não-crime (em 2005).

<sup>270</sup> Sobre o tema MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In: *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. D'ÁVILA, Fabio Roberto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 82 e ss.

<sup>271</sup> Sobre o tema recomenda-se a leitura de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

<sup>272</sup> Para citar apenas um exemplo – no Capítulo 04 serão explorados tantos outros -, veja-se o caso Sergey Zolotukhin contra a Rússia, julgado pelo TEDH. Em 04.01.2002, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin, cidadão russo, foi conduzido ao Departamento de Tráfego Rodoviário para esclarecer o fato de haver ingressado no território militar de Voronezh, conduta proibida. Constatou-se, então, que Sergey estava embriagado, tendo passado a proferir palavrões a dois oficiais, bem como fez ameaças a um deles, não acatou ordens e tentou fugir do Departamento. Sergey foi, ato contínuo, conduzido à Delegacia de Polícia, local em que também desacatou o chefe, incidindo nos arts. 158 e 165 do Código RSFSR de contraordenações. O Tribunal Distrital considerou Sergey culpado pelo art. 158 e o Tribunal Regional de Voronezh confirmou a condenação. Mais tarde, porém, Sergey foi denunciado – pelos mesmos fatos – por “atos desordenados, inclusive resistindo a um funcionário público que lidar com uma violação de ordem pública” (art. 213, §2º, b, do Código Penal). Sergey reclamou perante a Corte, sustentando que a condenação pelo art. 158 (contraordenação) redundou em pena privativa de liberdade, sendo um *bis in idem* que agora um crime lhe fosse imputado pelos mesmos fatos. A Corte acolheu o

interno, posto que, por vezes, pode existir uma (espécie de) *burla de etiquetas*. Leia-se: pode o legislador classificar formalmente como uma contraordenação ou como direito administrativo aquilo que, em verdade, tem natureza penal.<sup>273</sup>

A importância de tais decisões é o reconhecimento de que a classificação do ilícito, portanto, *não advém da (simples) escolha legislativa*. Não é porque o legislador disse que é um ilícito administrativo com sanção administrativa que é, necessariamente, um ilícito administrativo com sanção administrativa. A Corte pode concluir, através da análise concreta e pontual<sup>274</sup>, se tratar, em verdade, de ilícito/sanção de natureza criminal.

Explicitadas as razões que conduzem à conclusão de que há uma distinção de identidade/conteúdo – não havendo distinções *meramente quantitativas* – quanto aos ilícitos, necessário dizer, sob pena de insuficiência, *de que modo se dá* tal distinção. Registre-se que a construção aqui proposta é realizada através de um olhar interessado do direito penal, ou seja, pretende responder o que o ilícito *penal* possui *de particular*. Isso, longe de significar um menosprezo ao direito administrativo, permite estabelecer limites (negativos) à criminalização de condutas e, por outro lado, estabelecer critérios (positivos) de conquista da chamada *dignidade penal*.

---

pedido e registrou que “a qualificação jurídica do procedimento ao fundamento da legislação nacional não pode ser o único critério de relevância para a aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*”. Ou, dito de outro modo, que não é porque o legislador interno classificou como contraordenação, que aquilo não é, em verdade, penal. Ou vice-versa. Sobre o caso, vide CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2012. v. 92.

<sup>273</sup> “Essas decisões das cortes internacionais e comunitárias no sentido de conferir, embora limitadamente, reconhecimento ao *ne bis in idem* entre duas sanções de caráter punitivo, ainda que uma delas seja formalmente administrativa, decorrem não apenas da tentativa de evitar burlas ao direito internacional ou ao comunitário, senão também da própria diversidade de ordenamentos jurídicos sujeitos a seus crivos, que precisam ser postos em mínimas bases uniformes, para que se possam aplicar suas decisões.” LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 193 e 194.

<sup>274</sup> A Corte estabeleceu critérios para essa análise. São os chamados *critérios de Engel*, que aqui apenas mencionaremos para fins de registro, pois serão tratados de modo mais aprofundado no Capítulo 4 do presente trabalho. São: (i) a classificação jurídica do ilícito pela legislação nacional; (ii) a natureza da infração e (iii) o grau de severidade da sanção e sua função.

Registre-se, ainda, que o direito penal é visto, aqui, a partir do objeto da norma, ou seja, do ilícito (*Unrecht*), e não a partir da função do direito penal<sup>275/276</sup>. Com isso, o ilícito ganha posição privilegiada na estrutura dogmática do crime e estabelece o (útil e adequado) pressuposto de que *não há crime (legítimo) sem a ofensa a um bem jurídico penal*.<sup>277/278</sup>

Daí a (dupla) exigência para a caracterização de um ilícito penal: (i) a existência de um *bem jurídico penal* como objeto de proteção da norma e (ii) a existência de *ofensividade* como resultado (jurídico) da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma<sup>279</sup>.

Quanto à existência de um bem jurídico penal, há que se reconhecer inicialmente que tanto ilícitos penais quanto ilícitos administrativos tutelam *bens jurídicos*. Portanto, essencial dizer o que torna um *bem jurídico* um *bem jurídico penal*.<sup>280</sup>

---

<sup>275</sup> Sobre as razões pelas quais julga-se o normativismo mais adequado aos moldes constitucionais do que o funcionalismo, recomenda-se a leitura do texto “Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo”, de autoria de Fabio Roberto D’Avila, constante do livro D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15 e ss.

<sup>276</sup> “Existem duas formas de pensar o direito penal. Ou se parte das consequências da norma penal, da *pena*, ou se parte do objeto da norma, do *ilícito*. Em uma leitura consequencial, partindo-se da pena criminal, encontramos as orientações funcionalistas, cuja mais forte expressão pode ser surpreendida no trabalho de Günther Jakobs – em que o direito penal é pensado a partir da manutenção das expectativas normativas juridicamente fundadas ou, mais especificamente, o que é o mesmo, o bem se torna a própria norma jurídica. E, em contrapartida, tomando o direito penal sob a perspectiva do ilícito (*Unrecht*), chegaremos às elaborações de base ontológica, entre as quais a fundamentação onto-antropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa. (...) Esta orientação de base onto-antropológica, sob uma perspectiva dogmática, traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos e, portanto, em clara oposição à simples violação subjetiva do dever e às mais variadas acepções do denominado *Willensstrafrecht* (direito penal da vontade) (...)” D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

<sup>277</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 129.

<sup>278</sup> Tal escolha advém do fato de, aos nossos olhos, ser esse o modelo compatível com a Constituição Federal. Se a *liberdade* é um (essencial) valor constitucionalmente protegido, só faz sentido privá-la/tocá-la quando houver sido *violado outro valor dotado de nível constitucional*, ou, em outras palavras, *outro valor de dignidade jurídico-penal*.

<sup>279</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131.

<sup>280</sup> Não se ignora as críticas à capacidade de rendimento (dogmático) do conceito de bem jurídico penal (a chamada proposta de fuga da categoria do bem jurídico é narrada por Roland Hefendehl, no artigo “Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?” In: *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 04-14, 2002, p. 6), mas estamos filiados à linha doutrinária que ainda

O bem jurídico *penal*, além de manter uma relação de analogia material com a Constituição e de reivindicar um intenso juízo de necessidade de tutela – para legitimar a intervenção penal –, consiste em uma noção transistemática, não imanente ao sistema, de modo a tornar possível a sua pretensão de servir como padrão crítico de criminalização. Mas não apenas. Deve possuir – cumulativamente com as demais exigências – uma consistência axiológica que permita, a partir daí, um processo de concretização, de corporificação, indispensável à análise da ofensa (e ao sucesso da referida função crítica).<sup>281/282</sup>

Quanto à exigência de *ofensividade*, eis ponto essencial na construção da distinção entre ilícitos penal e administrativo. É que o ilícito administrativo *não exige a ofensividade*. Veja-se: algum ilícito administrativo pode (até) contemplar ofensividade, mas *não é* um requisito essencial de (sua) existência. O ilícito penal, diferentemente, exige, sim, como razão (legítima) de existência, a ofensividade.

A ofensividade, aqui – respeitando uma visão onto-antropológica do direito penal<sup>283</sup> –, é entendida como o *dano/violação ao bem jurídico, o concreto pôr em perigo e o cuidado de perigo*. Tal nomenclatura guarda relação com os termos usualmente adotados pela doutrina relativos a *crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato*.<sup>284</sup>

---

enxerga nele importante instrumento. Nesse sentido, vamos acompanhados de Fabio Roberto D'Ávila, José de Faria Costa, Paulo César Busato e Francisco Muñoz Conde.

<sup>281</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 111 e D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132.

<sup>282</sup> FABIO ROBERTO D'ÁVILA, com isso, exclui da tutela penal “meros interesses administrativos ou elementos de facilitação do trabalho da administração pública”, assim como aquelas normas que possuem “caráter promocional” (exemplo: regras que regulamentam o estacionamento dos veículos). D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Alexandre Wunderlich (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132.

<sup>283</sup> Tal construção remete – mesmo brevemente – a elementos da Filosofia, em especial à *Sorge*, de Heidegger. O responsável pela construção, em Portugal, é José de Faria Costa, especialmente na obra “O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas”, publicada em 1992 pela Editora Coimbra. No Brasil, Fabio Roberto D'Ávila é o pioneiro na adoção e desenvolvimento da construção, no âmbito da dogmática penal. É missão praticamente impossível explicar a construção da tese – e suas consequências no Direito penal – em notas de rodapé, razão pela qual se faz forte recomendação aos textos dos dois autores mencionados.

<sup>284</sup> “O Direito penal, ao proteger o bem jurídico, *não só exige uma pena no caso de sua lesão, como também no caso de colocação em perigo dos mesmos*. O perigo pode dar azo a delitos de *perigo concreto* (v.g., a exposição ou abandono de pessoas em situação de risco à vida ou à



Quanto aos crimes de dano – em que há efetiva lesão ao bem jurídico – e aos crimes de perigo concreto – em que há a verificação casuística da existência concreta de um perigo ao bem jurídico – não há maiores distinções (com consequências práticas) da visão onto-antropológica. A distinção reside na forma de enxergar especificamente o crime de perigo abstrato (cuidado de perigo) – construção típica no âmbito de um direito penal administrativizado.

Veja-se que a doutrina tradicional define – e a jurisprudência pátria acolhe – o crime de perigo abstrato como crime *de um perigo presumido* que, considerando regras de experiência e a importância do perigo para a consumação da infração, prescinde até mesmo de sua demonstração/comprovação, não comportando contrariedade (prova em contrário)<sup>285</sup>.

Para compreender tal definição em exemplos: o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é definido como crime de perigo abstrato. Com isso, conclui o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, que é “suficiente, para a sua caracterização, que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, *dispensada a demonstração da potencialidade lesiva*”<sup>286</sup>. O crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é visto como de perigo abstrato. Entende, então, o Supremo Tribunal Federal que “o porte ilegal de arma e munição é crime de perigo abstrato, *cuj a consumação independe de demonstração da potencialidade lesiva da arma ou munição*”<sup>287</sup>.

---

saúde), onde, por exigência da pretensão conceitual de relevância, deve estar presente um perigo identificado, real e efetivo, ou delitos de *perigo abstrato* (v.g., fabricar, armazenar, ou ter em seu poder materiais explosivos sem a devida autorização legal), onde os bens jurídicos que o Direito protege (vida, integridade corporal, etc.) não se estabelecem diretamente na pretensão conceitual de relevância, aparecendo apenas como uma consequência provável estatisticamente.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 389.

<sup>285</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. “Atualmente, discute-se a constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato: JAKOBS afirmou a ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como *probabilidade* de perigo concreto.” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008, p. 112 e 113. Recomendamos, para o tema, a leitura de ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>286</sup> STJ, AgRg no REsp 1854277/SP, Quinta Turma, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31.08.2020.

<sup>287</sup> STF, HC 148801, Segunda Turma, Min. Rel. Dias Toffoli, publicação 05.09.2018.

Dito de forma simplificada: com respaldo na definição doutrinária tradicional de crimes de perigo abstrato, a jurisprudência julga *caracterizado* o crime em ambas as hipóteses acima relacionadas, pouco importando se o condutor embriagado estava, por exemplo, dirigindo em uma estrada fechada e sem acesso por terceiros ou se a arma estava desmuniada e sem acesso à munição.

É por isso, inclusive, que não raros autores se posicionam pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por *ausência de lesividade*<sup>288</sup>.

A visão onto-antropológica não reconhece a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato (cuidado de perigo), mas (justamente) porque os enxerga através de lentes distintas. Nesse ponto, a ofensividade é, “no plano de *lege ferenda*, um importante critério de orientação legislativa e, no plano de *lege lata*, critério de validade e delimitação do ilícito”<sup>289</sup>.

Para a validade e delimitação dos crimes de perigo abstrato (cuidado de perigo), compreende-se que o desvalor da ação, para adquirir relevância jurídico-penal, deve estar associado, necessariamente, a um desvalor de resultado. Com isso, rejeita-se os crimes de perigo abstrato como crimes de *presunção absoluta* de perigo ou, ainda, de *mera violação de um dever*. Dito de outro modo: rejeita-se que o direito penal (mas não que o direito administrativo) possa se ocupar de criminalizar condutas em que há presunção absoluta de perigo e mera violação de um dever.

Mas como se deve, então, ser considerado o crime de perigo abstrato para ser validamente previsto no direito penal? Se é verdade que não exige uma efetiva existência de perigo no caso concreto (*não-exigência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa*<sup>290</sup>), porque isso é exigência dos crimes de perigo concreto, por outro lado, também é verdade que exige uma possibilidade de dano: o critério limite de verificação de (existência de) perigo abstrato é um critério misto, objetivo-normativo, “expresso na ideia de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado,

---

<sup>288</sup> Vide, por exemplo, GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99 e ss.

<sup>289</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74.

<sup>290</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111.

através de um juízo *ex ante* de base total”<sup>291</sup>, ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas relevantes ao caso, independentemente do seu conhecimento por parte do autor da conduta.

Para utilizar os mesmos dois exemplos acima expostos, veja-se que, na visão onto-antropológica, (i) haveria crime no caso do motorista estar dirigindo embriagado e atropelar alguém, lesionando a vítima (crime de dano); (ii) haveria crime no caso do motorista estar dirigindo embriagado e, por isso, ziguezagueando, batendo no meio-fio, atravessando sinal vermelho (crime de perigo concreto) e (iii) haveria crime no caso do motorista estar dirigindo embriagado, numa via pública repleta de outros veículos e transeuntes, mesmo sem haver agido de forma concretamente reveladora de perigo (ou seja, mesmo que estivesse dirigindo “normalmente”, dentro das regras de trânsito). Porém, caso o motorista estivesse dirigindo embriagado numa via que, não obstante pública, estivesse “fechada para reforma”, sem que outros carros e transeuntes estivessem presentes, o crime estaria excluído (o que revela que a presunção do perigo *não é absoluta e admite prova em contrário*).

No exemplo relativo ao porte de arma de fogo, portanto, estaria também excluído o crime caso o autor estivesse portando uma arma desmuniada e estivesse sem acesso a munições, porque isso simplesmente eliminaria a possibilidade do perigo ao bem jurídico (mais uma vez revelando a possibilidade de criminalização através de modelos de perigo abstrato, mas a rejeição da presunção absoluta de perigo, permitindo que exista, sim, prova sobre a (casuística) inexistência de perigo)<sup>292</sup>.

De tudo o que foi dito, portanto, há que se concluir que existe uma diferença *de conteúdo* entre ilícito penal e ilícito administrativo. Essa diferença, para o presente trabalho, é feita através de uma visão interessada do direito penal: estabelecendo o que é passível de criminalização, nascem critérios e limites *para o que pode* e *para o que não pode* ser matéria de direito penal – seja para o legislador, seja para o julgador.

---

<sup>291</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113.

<sup>292</sup> Esse exemplo é mencionado expressamente por D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 117 e também já fora objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 81507, Primeira Turma, Min. Rel. Ellen Gracie, Min. Redator do acórdão Sepúlveda Pertence, publicação em 29.04.2005. No julgamento, o Supremo fez a distinção entre haver – ou não haver – munição disponível na ocasião do porte, condicionando à tal situação a existência – ou inexistência – do *crime* de porte ilegal de arma de fogo.

Ademais, tal análise é feita considerando uma visão onto-antropológica do direito penal e, justamente por isso, elege dois requisitos cumulativos para legitimar criminalizações: (i) deve haver, como objeto de tutela da norma, um bem jurídico de dignidade penal e (ii) deve haver, quanto ao bem jurídico penal, ofensividade (que pode ser, como visto, de dano, de concreto pôr em perigo e o cuidado de perigo).

Com isso, afasta-se a possibilidade de punir através do direito penal – mas não através do direito administrativo – condutas que não violam bens jurídicos com dignidade penal, que estão consubstanciadas em meras violações de dever e que estão baseadas em uma presunção absoluta de perigo, por exemplo.

Daí a conclusão de que existe um espaço normativo *vedado ao direito penal*, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico penal, que pode ser encampado pelo direito administrativo. Por outro lado, um espaço normativo *reservado ao direito penal*, em razão da (evidente) existência de ofensa a bens jurídicos penais, para o qual o direito administrativo é manifestamente insuficiente (é o chamado âmbito nuclear/núcleo duro do direito penal). E há, finalmente, um campo de intervenção possível para ambas as instâncias: é um campo de fatos detentores de ofensividade compatível com a punição penal e com a punição administrativa<sup>293</sup>, cuja escolha legislativa está guiada por (outros) princípios (como intervenção mínima e culpabilidade, por exemplo)<sup>294</sup>.

Ponto difícil – mas essencial – de enfrentamento é: nesse campo de intervenção possível por ambas as instâncias, haverá necessariamente a incidência de *apenas uma das instâncias* (direito penal *ou* direito administrativo) ou é possível que o legislador aloque o ilícito em ambas (punindo através do direito penal e do direito administrativo)?

Parece que ao responder que o legislador deverá necessariamente optar por uma única instância, estar-se-á ignorando a Constituição Federal, que – como já visto – prevê expressamente a responsabilização criminal e

---

<sup>293</sup> O direito penal econômico, que está na fronteira de um direito penal administrativizado e de um direito administrativo penalizado, está em grande parte neste campo.

<sup>294</sup> É nesse sentido a conclusão de Fabio Roberto D'Avila em D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

administrativa, bem como tantas outras leis infraconstitucionais. É por isso que não parece ser resposta possível.

A verdade é que o legislador poderá, nesses casos e nesse campo, reconhecer a ilicitude em ambas as instâncias, punindo através de ambas as instâncias. O que, evidentemente, *não significa que pode haver uma automática – e impensada – cumulação entre sanções estatais*. A solução, nesses casos, advirá da aplicação conjunta de dois princípios: *ne bis in idem* e proporcionalidade.

E é por isso que, para ofertar (possível) solução (a tão delicado e complexo tema), necessário será dedicar os próximos Capítulos aos referidos princípios: o Capítulo 02 cuidará do *ne bis in idem* e o Capítulo 03 tratará da proporcionalidade.

**2.****AULA**

Manoel de Barros

*Nosso Profe. de latim, Mestre Aristeu, era magro e do Piauí. Falou que estava cansado de genitivos dativos, ablativos e de outras desinências. Gostaria agora de escrever um livro. Usaria um idioma de larvas incendiadas. Epa! O profe. falseou-ciciou um colega. Idioma de larvas incendiadas! Mestre Aristeu continuou: quisera uma linguagem que obedecesse a desordem das falas infantis do que das ordens gramaticais. Desfazer o normal há de ser uma norma. Pois eu quisera modificar nosso idioma com as minhas particularidades. Eu queria só descobrir e não descrever. O imprevisto fosse mais atrente do que o déjà visto. O desespero fosse mais atraente do que a esperança. Epa! O profe. desalterou de novo – outro colega nosso denunciou. Porque o desespero é sempre o que não se espera. Verbi gratia: um tropicão na pedra ou uma sintaxe insólita. O que eu não gosto é de uma palavra de tanque. Porque as palavras do tanque são estagnadas, estanques, acostumadas. E podem até pegar mofo. Quisera um idioma de larvas incendiadas. Palavras que fossem de fontes e não de tanques. E um pouco exaltado o nosso profe. disse: Falo de poesia, meus queridos alunos. Poesia é o mel das palavras! Eu sou um enxame! Epa!... Nisso entra o diretor do Colégio que assistira a aula de fora. Falou: Seo Enxame espere-me no meu gabinete. O senhor está ensinando bobagens aos nossos alunos. O nosso mestre foi saindo da sala, meio rindo a chorar.*

## 2 PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS

### 2.1 *NE BIS IN IDEM* E (ALGUNS) ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Há, no significado da expressão *ne bis in idem*, um par de certezas universais: ninguém deve ser *perseguido* ou *punido* duas vezes pelo mesmo fato. Reside, aí, uma manifestação indiscutível e uma derivação lógica de que o Estado reconhece, em termos punitivos, o *fair play* como valor respeitável<sup>295</sup>.

Um olhar mais cuidadoso, porém, logo revela que (i) o par de certezas estabelecido em torno da expressão é superficial e carente de aprofundamento e (ii) o enunciado é muito mais ambicioso do que sinaliza sua constante definição teórica e aplicação prática.

Para ficar em provocações não exaustivas: o que, exatamente, significa *ninguém* (identidade de sujeito)? O que, especificamente, significa *pelo mesmo fato* (identidade de fato e de fundamento)? O que, realmente, significa *ser perseguido duas vezes* (duplicidade de processo) ou *ser punido duas vezes* (duplicidade sancionatória)?<sup>296</sup>

Afora tais questões – merecedoras de atenção, porque relevantes às concretizações da teoria –, há, ainda, os constantes questionamentos (passíveis de serem classificados como) *lingüísticos*. A expressão *ne bis in idem* está correta ou é mais adequado *non bis in idem*? A proibição possui natureza jurídica de regra ou de princípio?

Para o presente estudo, as primeiras provocações se mostram relevantes, eis que tratam justamente do *sentido* e do *alcance* da proibição – merecendo, portanto, estudo aprofundado em tópicos próprios. Quanto à segunda ordem de questionamentos, e sem que isso evidencie qualquer menosprezo àquelas questões, o posicionamento virá de forma antecipada e abreviada.

Quanto à questão terminológica adequada – *ne* ou *non bis in idem* –, inicialmente há que se registrar que tal diferença não é relevante na hora de

---

<sup>295</sup> PASTOR, Daniel R. Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*? In *La Cultura Penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009, p. 497.

<sup>296</sup> OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*. Tesis doctoral Universidad Austral, Buenos Aires, 2008, p. 13. Disponível em: [https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis\\_Doctoral-Ottaviano.pdf](https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf). Acesso em: 27.08.2020.

interpretar o *sentido* e o *alcance* da proibição. Não há, tampouco, equívoco ortográfico que imponha a escolha em um ou em outro sentido. Eis por que a solução advém da mera preferência de quem escreve. No presente trabalho, por razões semânticas expostas nos estudos de OTTAVIANO e de FERREIRA LEITE, adotaremos o *ne bis in idem*<sup>297</sup> – modo que expressa mais corretamente a força imperativa do brocardo.

Já em relação à *natureza jurídica* da proibição – se regra ou princípio –, não se ignora a complexa e importante (tentativa de) distinção entre ambos. Porém, trazer para o presente estudo tal discussão – que inicia com definições aristotélicas<sup>298</sup> e desemboca na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert ALEXY<sup>299</sup> –, não parece a melhor opção metodológica. Inclusive porque, nesse ponto, confere-se razão a Daniel R. PASTOR, ao aduzir que “qual preceito é um princípio e qual é uma regra não sabem bem nem aqueles que empunham o bisturi que confecciona esses traços distintivos”<sup>300</sup>.

Ademais, “o decisivo é simplesmente o *alcance da proibição*, que é sempre o mesmo, seja tratada como princípio ou como regra”<sup>301</sup>. Assim, e no

---

<sup>297</sup> “Aquí se ha optado por el “ne” para destacar su carácter prescriptivo y por una razón adicional. Como quedara dicho, a partir de la ilustración la primera utilización en un texto positivo de la frase latina abreviada por la que actualmente se conoce la prohibición fue la del art. 9 de la Constitución francesa de 1791, y allí se utilizó la negación “non”. Cabe pensar entonces que la expresión allí empleada contribuyó a difundir esa forma de construir la frase en varios países. Por eso, el uso del “ne” constituye una manera adicional de resaltar que la prohibición de bis in idem, como varias otras disposiciones tuitivas de la persona, reconocen raíces antiguas, muy anteriores al período de la ilustración, sin que ello implique desmerecer la gran importancia histórica de éste en la configuración de los actuales límites a los abusos del poder estatal en materia penal.” OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*. Tesis doctoral Universidad Austral, Buenos Aires, 2008, p. 65. Disponível em: [https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis\\_Doctoral-Ottaviano.pdf](https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf).

Acesso em: 27.08.2020. No mesmo sentido, Inês Ferreira Leite, que optou pela expressão *ne bis in idem* – em detrimento da modalidade *non bis in idem* – “por se entender ser esta a forma mais correta de expressar a força imperativa do brocardo”. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015, p. 21.

<sup>298</sup> A obra *Metafísica* se constitui de tratados escritos pelo filósofo Aristóteles, no século IV a.C., organizados posteriormente à sua morte. Em seus escritos, Aristóteles aborda sentidos distintos ao termo “princípios”. Primeiro, um sentido ontológico, como a causa primeira de algo; segundo, um sentido cognitivo (lógico-científico) de ponto de partida de determinado conhecimento, de determinada análise ou interpretação; e terceiro, um sentido normativo ou prescriptivo, de impulsionar a satisfação de um fim.

<sup>299</sup> A Teoria dos Direitos Fundamentais, publicado em 1985, foi o trabalho apresentado para a habilitação de Robert Alexy na Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga.

<sup>300</sup> “Qué precepto es un principio y cuál una regla no lo saben bien ni los que empuñan el escarpelo que confecciona estas disquisiciones.” PASTOR, Daniel R. Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*? In *La Cultura Penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009, p. 498.

<sup>301</sup> “Lo decisivo es simplemente el alcance de la prohibición que siempre es el mismo se la trate de regla o de principio”. PASTOR, Daniel R. Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*? In



mesmo sentido da doutrina majoritária que refletiu sobre o tema<sup>302</sup>, o presente trabalho tratará, por escolha, o *ne bis in idem* como um *princípio*.

## 2.2 RAÍZES HISTÓRICAS DO *NE BIS IN IDEM*

Não de modo unânime<sup>303</sup>, mas de forma consistente, a doutrina aponta o Direito Romano como berço do princípio do *ne bis in idem*. Não há, nos textos romanos, registro expresso desse específico brocardo, mas há passagens que merecem ser consideradas como *semente*.

Inicialmente, contata-se nos textos romanos a menção ao *bis de eadem re ne sit actio*, princípio relacionado à boa-fé em ações de natureza civil: a mesma coisa não pode ser exigida duas vezes (ou dar origem a duas distintas ações)<sup>304</sup>. Não é possível, bem verdade, comprovar a descendência direta do brocardo de conteúdo contratualista e o princípio do *ne bis in idem*, mas evidencia a preocupação com a noção de justiça *versus* a duplicidade de ações judiciais.

Ainda nos textos romanos, mais especificamente no âmbito do Processo Civil, encontra-se a ideia de coisa julgada (*res iudicata*), que guarda relação com a proibição por duplo julgamento. A referência mais antiga é atribuída a Quintiliano (séc. I), havendo reiteradas menções à coisa julgada também nos Institutos de Gaio (séc. II) e no Digesto de Justiniano (sécs. II e III)<sup>305</sup>.

---

*La Cultura Penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009, p. 498. O autor ainda acrescenta que o mesmo se dá no que refere à dicotomia “direito x garantia”. “Se trata de que rijan, se llamen como se llamen. Otra y última vez: lo decisivo es unicamente el alcance de la prohibición que siempre es uno, y se lo trata como derecho o como garantía”.

<sup>302</sup> Além do já mencionado processualista penal argentino, Daniel R. Pastor, que escreve sobre o tema e optou por tratar o *ne bis in idem* como princípio, também o fez o estudioso argentino Santiago Ottaviano, em sua tese de Doutorado. Da mesma forma, Inês Ferreira Leite que escreveu obra extensa e qualificada sobre o tema (*Ne (idem) bis in idem – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*), também como tese de Doutorado junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Há que se registrar, por fim, que também os Tribunais Superiores no Brasil vêm tratando o *ne bis in idem*, atualmente, como um princípio.

<sup>303</sup> Parte da doutrina, como José Muñoz Clares, no texto *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios*, de 2006, publicado na Espanha, defende que o berço do princípio está na retórica grega, fundamentando tal compreensão em passagens da obra de DEMÓSTENES, retórico grego do séc. IV a.C., que, expressamente afirmava “*a impossibilidade da lei punir duas vezes os mesmos, pelo mesmo*” (p. 41).

<sup>304</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 46.

<sup>305</sup> OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*. Tesis doctoral Universidad Austral, Buenos

Após o declínio do Império Romano, a noção de *ne bis in idem* foi progressivamente incorporada pelo Direito Canônico. A mais polêmica disputa ocorreu em 1170, entre o Rei Henrique II, da Inglaterra, e o Arcebispo de Canterbury, Thomas Becket, e é fundamental para a compreensão do tema na atualidade. O Arcebispo defendia que os eclesiásticos fossem julgados somente pelos tribunais da Igreja, sem nova possibilidade de julgamento em esfera (instância) distinta. O Rei Henrique II, por sua vez, não estava disposto a abdicar do poder exercido sobre os súditos, tampouco dos proveitos econômicos decorrentes da apreensão dos bens dos condenados.

Legítimo concluir que a formação do *ne bis in idem*, com essa terminologia exata, deve-se ao esforço dos canonistas em recepcionar e adaptar o Direito Romano à teologia cristã e em encontrar uma fonte divina de fundamentação da proibição de uma duplicidade de julgamentos, eclesiásticos e régios<sup>306</sup>.

Os esforços do Arcebispo Thomas Becket, porém, foram vãos. Durante todo o medievo, eventual julgamento ou condenação perante tribunais eclesiásticos não garantia imunidade nos tribunais civis. Mais do que isso, vigia no medievo o sistema inquisitorial, o que significa reconhecer que a busca da verdade real – a qualquer custo – guiava o processo penal<sup>307</sup>, de modo que os juízes, que investigavam e julgavam, finalizavam os processos com registros de “*absoluções provisórias naquela instância*”, reservando-se a possibilidade, sendo o caso, de reabrir a investigação<sup>308</sup>.

Portanto, o atual e amplo *sentido* do princípio do *ne bis in idem* adveio de outras fontes. No séc. XVI, no sistema inglês, é que foi firmada a proibição do *double jeopardy* e em 1557 é que houve, pela primeira vez, referência às tais

---

Aires, 2008, p. 65. Disponível em: [https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis\\_Doctoral-Ottaviano.pdf](https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf). Acesso em: 27.08.2020.

<sup>306</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 58.

<sup>307</sup> “Num sistema judicial em que coexistiam várias formas de exercer a Justiça, cumuláveis entre si – em que a tortura era considerada como mecanismo viável e admissível de obtenção de prova e em que a pena mais comum era a pena de morte –, dificilmente haveria espaço para o surgimento de problemas de *ne bis in idem*, após uma primeira (e, por vezes, derradeira) condenação.” LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 73.

<sup>308</sup> LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 59.

regras, na obra de Sir William Standford<sup>309</sup>. Depois, a obra considerada base do *commom law*, *Institutes of the Laws of England*, publicada a partir de 1628 por Edward Coke, estabeleceu as bases do *double jeopardy*. Tais bases foram desenvolvidas por outros juristas, especialmente Sir William Blackstone – ao publicar *Commentaries on the Laws of England*<sup>310</sup>. O trabalho destes dois autores é que constituiu a base para o texto instituído na 5ª Emenda<sup>311</sup> à Constituição dos Estados Unidos, em 1887<sup>312</sup>.

Já no *civil law*, a Revolução Francesa concretizou o princípio da secularização e, com isso, o princípio do *ne bis in idem* – com enfoque ao respeito à coisa julgada – foi alçado a nível constitucional (art. 9º da Constituição Francesa de 1791)<sup>313</sup>.

Portanto, o efetivo desenvolvimento do princípio do *ne bis in idem* – especificamente no que refere à proibição de duplicidade de submissão a julgamento – ficou na dependência da coexistência de fatores que só vieram a se concretizar nos modernos sistemas de Direito, a partir do séc. XVIII<sup>314</sup>, quais sejam: a concentração do poder punitivo no Estado, o reconhecimento de limites ao poder punitivo estatal e a humanização das penas.<sup>315</sup>

<sup>309</sup> Não foi possível o acesso à obra do próprio Sir William Standford, sendo tal referência retirada da obra de David S. Rudstein, *Civil Penalties and Multiple Punishment under the Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions*, Law Review, Oklahoma: 1993, p. 587 e ss.

<sup>310</sup> Como nos esclarece Blackstone, nos países de linhagem jurídica costumeira a proibição do *double jeopardy* (duplo risco) é das mais antigas e relaciona-se aos denominados “pleitos” (*pleas*) de “absolvição anterior” (*autrefois acquit*) e de “condenação anterior” (*autrefois convict*), que têm suas raízes no princípio de que “nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa”.

<sup>311</sup> “[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”, ou, simplesmente, “double jeopardy”. MAIA, Rodrigo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005.

<sup>312</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 64.

<sup>313</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.132.

<sup>314</sup> Vale registrar, porém, que o *ne bis in idem* – como tantas outras garantias individuais – não foi reconhecido de modo ininterrupto dos períodos iluministas até os dias atuais. “Na virada dos séculos XIX e XX, a Escola Positivista pugnava a eliminação da regra *ne bis in idem* em proveito da revisão das sentenças penais, em nome da ‘defesa social’. E, após passar por períodos de descrédito, como na Alemanha nazista, em que se entendia que a sua aplicação feria o ‘espírito do povo’ (mesmo ela já preexistindo, consagrada no Código de Processo Penal de 1877), a proibição de *ne bis in idem* retoma sua força após o fim da segunda guerra, como forma de reação aos abusos incorridos (...)”. GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 06.

<sup>315</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 73.

Das (breves) considerações históricas acima traçadas, nota-se que o *ne bis in idem* foi primordialmente desenvolvido em sua vertente processual, ou seja, esteve relacionado, em seus primórdios, à proibição de duplo *juízo*. Porém, o *ne bis in idem* conta, também, com uma vertente material, relacionada à impossibilidade de duplo *sancionamento*.

A *vertente material* da proibição não contou com desenvolvimento significativo até meados do séc. XIX e as razões são plurais<sup>316</sup>. A problemática não era tão evidente até a consolidação dos processos de codificação penal<sup>317</sup>, até as regras de Direito Penal internas serem aplicadas em concomitância com regras de Direito Penal Internacional<sup>318</sup> e, finalmente, até haver o (marcante, para o presente estudo) fenômeno de proliferação de leis sancionadoras<sup>319</sup>.

No séc. XX, o *ne bis in idem* – seja na sua vertente processual, seja na sua vertente material – foi sistematicamente reconhecido e homenageado em pactos internacionais e convenções. Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU dispôs, em seu art. 14, n. 7, que “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infração da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”. No mesmo sentido o art. 4º do Protocolo adicional n. 7 à Convenção Europeia de proteção dos Direitos do

---

<sup>316</sup> Bem verdade que já havia, à época, certa preocupação com o tema. Tanto assim que já existiam regras que intentavam solucionar concurso aparente de crimes. Porém, não era tema que recebia a devida atenção e demoradas reflexões.

<sup>317</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo juízo como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 104.

<sup>318</sup> Como ocorre, por exemplo, com os países europeus que possuem suas leis penais internas e estão submetidos (também) a um sistema jurídico comunitário. Daí nasce a problematização não apenas de um duplo juízo, mas, também e especialmente, de uma dupla possibilidade de punição (*bis*) em razão do mesmo fato (*idem*). Especificamente sobre o tema, vide, dentre outros tantos textos, CORDI, Lorenzo. *O princípio do ne bis in idem na Europa*. Meritum, Belo Horizonte, v. 3, nº 2, p. 61-140, jul./dez. 2008.

<sup>319</sup> Houve não apenas a proliferação de leis sancionadoras *penais* – que foi bem retratada no livro de Jesús-Maria Silva Sánchez, *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 –, mas a proliferação de leis sancionadoras de outras naturezas, como as de direito administrativo sancionador. O fenômeno é mais global, mas é facilmente verificável no Brasil, seja com a previsão constante de novos tipos penais incriminadores, seja com novas punições administrativas, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/1992) e a Lei Anticorrupção (Lei n. 12846/2013), para ficar nos exemplos mais conhecidos. Quanto à proliferação das leis sancionadoras, há que se fazer menção ao Capítulo 01 do presente trabalho, que abordou o tema com maior profundidade no tópico 1.3.1.

Homem e de Liberdades Fundamentais<sup>320</sup> (Protocolo n. 7 à CEDH) e o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>321</sup>.

Em 1985, foi celebrado o Acordo de Schengen – entre Alemanha, França e os integrantes do Benelux<sup>322</sup> – e, em 1990, firmou-se a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, que em seu art. 54 estabelece que “aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido a uma ação judicial intentada por outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão foi proferida”<sup>323</sup>.

A partir de então, o *ne bis in idem* obteve amplo desenvolvimento na União Europeia, consagrando-se a criação do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) e concretizando-se num Plano de Ação que priorizou a criação de medidas de coordenação das investigações penais e dos processos em curso nos Estados-membros, na intenção de evitar não apenas a duplicação de esforços, mas eventuais decisões contraditórias<sup>324</sup>. Mas, mais do que isso, se revelou também a preocupação com a descoordenação dos sistemas e a multiplicidade sancionatória e, conseqüentemente, com os danos ao indivíduo que isso poderia acarretar, eis que haveria o desencadeamento paralelo de processos e investigações independentes por diferentes agentes punitivos<sup>325</sup>.

---

<sup>320</sup> “Artigo 4º. 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 15º da Convenção. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 27.08.2020.

<sup>321</sup> Artigo 50. O 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. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso em: 27.08.2020.

<sup>322</sup> Tal convenção foi subscrita posteriormente também por Itália, Espanha, Portugal, Grécia e Áustria e, após, tais acordos foram integrados ao âmbito da União Europeia, com o Tratado de Amsterdã.

<sup>323</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29>. Acesso em: 27.08.2020.

<sup>324</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 12.

<sup>325</sup> RAMOS, Vania Costa. *Ne Bis in Idem e Uniao Europeia*. Coimbra Ed.: Coimbra, 2009, p. 31 e ss.

Feito o breve, mas necessário, passeio histórico sobre as raízes (e os frutos) da proibição do *ne bis in idem*, há que se questionar sobre o tema especificamente no Brasil. Como se desenvolveu – ou está se desenvolvendo – a proibição do *ne bis in idem* na legislação brasileira?

### 2.3 BIS IN IDEM NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição brasileira de 1988 não prevê *expressamente* o princípio do *ne bis in idem* em qualquer dos incisos que consubstanciam o elenco dos direitos e dos deveres individuais e coletivos constantes do art. 5º, razão pela qual a discussão é a adoção – ou não – do princípio (seja de forma *implícita*, ou seja, por derivação de outro(s) princípio(s), seja por previsão em *tratados e convenções internacionais* dos quais o Brasil é parte)<sup>326</sup>.

Há, no caso brasileiro, a adoção do princípio do *ne bis in idem* por ambos os caminhos. Inicialmente, há que se reconhecer que a vedação de múltipla persecução deriva de outro(s) princípio(s) expressamente previsto(s), como é o caso do devido processo legal<sup>327</sup> (art. 5º, LIV, CF) e da coisa julgada<sup>328</sup> (art. 5º, XXXVI, CF)<sup>329</sup>.

No cenário dos tratados e convenções internacionais, a vedação de múltipla persecução e de múltiplo sancionamento vem destacada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>330</sup> e no

---

<sup>326</sup> Sobre a (im)possibilidade de admitir direitos fundamentais fora do catálogo expressamente constante da Constituição, optou-se (metodologicamente) pelo não aprofundamento do tema – que, inclusive, aos olhos da autora, está sedimentado – e pelo encaminhamento às reflexões desenvolvidas por Rodolfo Tigre Maia no artigo *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*, publicado em 2005 no Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público. Citem-se, ainda, as lições de Ingo Sarlet no sentido de que “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da CF, aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 71.

<sup>327</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>328</sup> “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>329</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

<sup>330</sup> O Decreto n. 678/92 promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos e previu, em seu art. 8º (das garantias judiciais), 4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 28.08.2020.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas<sup>331</sup>.

Ademais, a legislação infraconstitucional brasileira faz expressa menção – em momentos diversos – à vertente processual e à vertente material do *ne bis in idem*. Pela relevância de tais previsões, que trazem importantes possibilidades de reflexão sobre o tema central deste estudo, serão abordadas com mais vagar nos tópicos que seguem.

### 2.3.1 Vertente Processual do *Ne Bis In Idem* na legislação brasileira

A vertente processual do *ne bis in idem* está relacionada à proibição de *dupla persecução* em razão do mesmo fato, derivação direta dos brocardos romanos *bis de eadem re ne sit actio* (não há ação repetida sobre a mesma coisa, em tradução livre) e *bis de eadem re agere non licet* (não há como acionar duas vezes pelo mesmo, também em livre tradução).

É evidente que a vertente processual guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem*, vez que a proibição de *duplo julgamento* antecipa a impossibilidade de *duplo sancionamento* pelo mesmo fato. Mas a vertente processual vai além. Basta pensar na hipótese em que houver a prolação de sentença *absolutória* num (primeiro) julgamento. Não obstante não haja a possibilidade de duplo sancionamento – eis que, por ora, sancionamento não houve –, a vedação de dupla persecução opera<sup>332</sup>.

A vertente processual, nesse caso e com razão, considera a própria persecução (o próprio processo) como uma sanção<sup>333</sup>, afora o risco que dele

---

<sup>331</sup> O Decreto n. 592/92 promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e aduziu, em seu art. 14, 7, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 28.08.2020.

<sup>332</sup> OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*. Tesis doctoral Universidad Austral, Buenos Aires, 2008, p. 65. Disponível em: [https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis\\_Doctoral-Ottaviano.pdf](https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf). Acesso em: 28.08.2020.

<sup>333</sup> Sobre o tema já redigimos breve provocação, em setembro de 2019, em coluna publicada no Canal Ciências Criminais, nos seguintes (e ainda mais resumidos) termos: a Constituição de 1988 – em observância aos preceitos dos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos – prevê, em seu artigo 5º, LXXVIII, o princípio da *razoável duração processo*. Nos termos do referido dispositivo, *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. Este dispositivo tem especial relevância para o Processo Penal e demais processos sancionatórios, posto que o trâmite de um processo sancionador traz consigo grande *estigma* e gera diversos e

advenha sanção pelo fato já anteriormente julgado<sup>334</sup>. Ou seja, no âmbito processual o *ne bis in idem* “representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal”<sup>335</sup>.

Ademais, neste campo o *ne bis in idem* possui papel fundamental no estabelecimento da *segurança jurídica* (ou da *paz jurídica*), ponto em que caminha de mãos dadas com o instituto da coisa julgada<sup>336</sup>. O fundamento central da coisa julgada radica-se na necessidade de garantir a certeza e a

---

significativos *ônus* – que perpassam as esferas social, familiar, emocional, financeira, etc, do sujeito processado. A excessiva demora, como é fácil notar, potencializa estes sentimentos. *A priori*, viola a jurisdicionalidade (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), já que o processo se transforma em pena prévia em razão da angústia prolongada, da restrição de bens e da antecipação do cumprimento da pena por prisões cautelares sem previsão de limite temporal (ou mesmo, a depender da posição dos Tribunais Superiores, por execução provisória da pena); viola a presunção de inocência, já que a demora excessiva sepulta a credibilidade da versão narrada pelo acusado; desrespeita o contraditório e a ampla defesa, já que a demora gera graves dificuldades para o exercício da resistência processual, além de implicar em ônus financeiro ao acusado, não somente diretamente, pelos gastos com honorários, mas também indiretamente, pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Tanto assim que se desenvolveu na doutrina a posição de que a violação ao princípio da duração razoável do processo pode ser utilizada como *circunstância atenuante inominada de pena*, à luz do artigo 66 do Código Penal. Nos parece acertado: diante de violações a direitos do réu e considerando que tais violações não são aptas a gerar nulidade, ao menos que se atenua a pena advinda do processo que gerou tais violações. Aliás, alguns tribunais brasileiros já enfrentaram a questão e reconheceram tal atenuante, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS – ACR: 70070953690 RS) – pioneiro no debate do assunto -, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC – APR: 00045088420128240014), o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL – APL: 00080296920048020001) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ-DF 20171310007327). Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/atenuante-inominada-e-duracao-razoavel-do-processo/>. Acesso em: 28.08.2020.

<sup>334</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013.

<sup>335</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In: *Direito Penal na Atualidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 08.

<sup>336</sup> “A coisa julgada, como se sabe, constitui uma qualidade da sentença que assegura a imutabilidade de seu comando. De fato, uma vez esgotados os meios de impugnação postos à disposição das partes, a sentença adquire uma nova qualidade e os seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis. Assume tanto uma projeção interna, representada pela impossibilidade de reabertura da discussão no âmbito da mesma relação processual (coisa julgada formal), assim como uma projeção externa e que é dada pela impossibilidade de instauração de novo processo pelos mesmos fatos (coisa julgada material). A coisa julgada atende, primordialmente – embora não exclusivamente – à expectativa de segurança e de estabilidade das relações jurídicas. Impede, dessa forma, a perpetuação das demandas judiciais abrindo caminho para que as decisões se tornem efetivas e definitivas.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Ineramericana de Direitos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional*, v. 2, 2010. Ademais, há que se registrar que a coisa julgada possui, para ampla maioria doutrinária, uma função positiva e uma função negativa. A função positiva diz respeito ao fato de que uma decisão futura estará vinculada à outra já proferida. Portanto, o juízo estará obrigado a reconhecer o conteúdo do primeiro julgamento para decidir futuramente. Já a função negativa é a que está diretamente relacionada à vertente processual do *ne bis in idem*, dizendo respeito ao impedimento de uma segunda demanda em razão da coisa julgada, ou seja, à proibição de se reestabelecer a discussão de uma controvérsia já decidida. Vide, nesse sentido, NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 489.



segurança do direito. Ainda que com possível sacrifício à justiça (material), quer-se assegurar aos cidadãos, através da coisa julgada, a sua paz jurídica: eis uma adesão à segurança em (eventual) detrimento da verdade<sup>337</sup>.

Outra preocupação concretizada pela vertente processual do *ne bis in idem* é a da *coerência entre (distintas) decisões*. Tal coerência não apenas confere segurança ao jurisdicionado, como também garante prestígio e eficiência aos próprios vereditos, que estão impossibilitados de revolver (e reverter) decisões já tidas como definitivas.

Os institutos que concretizam as garantias decorrentes do aspecto processual do *ne bis in idem* são, especialmente, o da litispendência<sup>338</sup> e o da coisa julgada.

O instituto da litispendência trata da duplicidade de acusações *em curso* relativas ao mesmo réu, pelo mesmo fato. Há, justamente no intento de impedir a duplicidade de persecução, a possibilidade de apresentar *exceção de litispendência* – seja já na fase investigativa, seja na fase processual. Isto porque não há que se admitir duas investigações preliminares tramitando em paralelo, em diferentes órgãos, em relação ao mesmo caso penal, de modo que a exceção de litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos feitos, permanecendo aquele cujo juiz possuir competência prevalente<sup>339</sup>.

Para a identificação da litispendência deve-se atentar para o fato natural que integra o caso penal, bem como para o imputado. Necessariamente, portanto, deve haver pendência de duas persecuções em relação *ao mesmo fato natural* (ainda que recebam diferentes nomes jurídicos, ou seja, ainda que a tipificação dada seja diversa em cada processo)<sup>340</sup>.

Já a coisa julgada – que também admite *exceção* – refere a um processo que *já foi definitivamente encerrado*. Ou seja, trata de caso impeditivo de nova persecução penal, posto que aquele mesmo *fato natural* (independentemente da classificação jurídica recebida, diga-se uma vez mais) já fora anteriormente

---

<sup>337</sup> CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal. Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 302.

<sup>338</sup> “(...) Cumpre ressaltar a inadequação da expressão *litispendência* para o processo penal, na medida em que resulta de uma transmissão mecânica de categorias do processo civil. (...) Não existe lide no processo penal, de modo que a noção de “lides” pendentes, como definição de litispendência, não nos serve”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

<sup>339</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

<sup>340</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

julgado. Caso a exceção de coisa julgada seja acolhida, o (novo) processo será automaticamente extinto<sup>341</sup>.

Para que haja coisa julgada, indiferente que no caso que já fora definitivamente julgado o resultado tenha sido a *condenação* ou a *absolvição* do réu. Porém, há que se lembrar que a coisa julgada no processo penal é peculiar<sup>342</sup>, pois somente produz sua plenitude de efeitos (coisa soberanamente julgada, nas palavras de Aury LOPES JR) quando a sentença for absolutória ou declaratória de extinção de punibilidade, pois nesses casos não se admite revisão criminal contra o réu (ou *pro societate*), mesmo que surjam novas provas de autoria e/ou materialidade<sup>343</sup>.

Trata-se de uma opção democrática - fortalecimento do indivíduo – “de cunho político-processual, de modo que, uma vez transitada em julgado a sentença penal absolutória, em nenhuma hipótese aquele réu poderá ser novamente acusado por aquele fato natural”<sup>344</sup>.

### 2.3.2 Vertente Material do *Ne Bis In Idem* na legislação brasileira

---

<sup>341</sup> Há, quanto ao tema, interessante discussão. Trata-se da hipótese em que a defesa não argui a litispendência e tampouco o Estado nota a existência de duplicidade de acusação. Há, então, dois processos concomitantes, pelo mesmo fato natural, sendo que um resulta em condenação e outro resulta em absolvição. Tal situação já fora objeto de enfrentamento no Superior Tribunal de Justiça (vide Informativo n. 642 e RHC 69.586/PA, de novembro de 2018). No caso julgado pelo STJ, o réu estava sendo acusado (em duplicidade) pelo crime de estupro de vulnerável, tendo sido condenado em uma ação (a que primeiro encerrou) e absolvido em outra ação. A Defensoria Pública, então, impetrou *Habeas Corpus* buscando a prevalência da decisão absolutória. O Min. Sebastião Reis Junior restou vencido ao dar provimento ao recurso e afirmar que deveria prevalecer a decisão mais favorável ao réu, em atenção aos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*. Prevaleceu, entretanto, voto do Min. Rogério Schietti Cruz que, ao invocar precedentes do próprio STJ e (também) do STF, concluiu que deveria preponderar a *primeira decisão*.

<sup>342</sup> No Brasil, a ação que rescinde a coisa julgada no âmbito processual penal chama-se *revisão criminal* e está prevista no art. 621 do CPP. A justificativa da existência da revisão criminal é a falibilidade do sistema judiciário (em decorrência, afinal, da falibilidade humana). *Errare humanum est*. A primeira vez que o Brasil previu expressamente a revisão criminal – com tal denominação – na legislação, foi em 1890 – valendo apenas para crimes, não para contravenções penais, atribuindo a competência do julgamento para o Supremo Tribunal Federal. Em 1891, foi transformada em remédio constitucional e aplicada também às contravenções penais. A partir de então, sempre esteve presente na legislação nacional, por vezes na Constituição (como em 1934 e 1946), por vezes apenas na legislação infraconstitucional (como em 1937 e 1969). ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

<sup>343</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

<sup>344</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

O *ne bis in idem* na vertente material – também chamada vertente substancial –, guarda relação com a impossibilidade de *duplo sancionamento*. Trata-se de um imperativo de justiça material decorrente “da valoração jurídica integral do fato e da conseqüente proibição de se punir mais de uma vez o fato que corresponde, concomitante e igualmente, em todas as suas partes, a mais de um tipo incriminador”<sup>345</sup>.

### 2.3.2.1 *Ne bis in idem* e conflito aparente de leis penais

As primeiras regras que evidenciam, no ordenamento brasileiro, a preocupação com a proibição de duplicidade de castigo são aquelas que abordam a resolução de concurso (aparente) de leis penais<sup>346</sup>.

O direito penal não constituiria um *sistema* ou deixaria de ser uma unidade coordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar em *efetivo* conflito. Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, com *igual autoridade*, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo *bis in idem*, o direito penal (como o direito em geral) dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competições em seu seio.<sup>347</sup>

Portanto, há *concurso de leis penais* quando uma (mesma) conduta – ocorrida no plano fático – se amolda a mais de um tipo penal. Clássico exemplo é uma mãe que, sob influência do estado puerperal mata o próprio filho recém-nascido. A conduta da mãe pode ser amoldada tanto no tipo penal de infanticídio (art. 123 do Código Penal), quanto no tipo penal de homicídio (art. 121 do Código Penal).

Diz-se que tal concurso é *aparente* pois, ao cabo, apenas um dos tipos penais é que efetivamente incidirá – justamente para impedir um duplo e indevido sancionamento -, “seja em razão da inexistência abstrata de um plus em uma

<sup>345</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 318.

<sup>346</sup> “A definição ou conceituação do *conflito aparente de normas* é altamente polêmica, a começar por sua denominação, que alguns pensadores também tratam por *concurso aparente de normas* ou de leis. Jescheck considera a terminologia tradicional ‘concurso de leis’ uma expressão equívoca, preferindo substituí-la por ‘unidade de lei’, uma vez que se aplica somente uma das leis em questão, a que chama de *lei primária*, e a *lei deslocada* não aparece no julgamento.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 264.

<sup>347</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 133.

das normas, seja porque uma das normas foi concretizada conscientemente como meio para a realização de um outro fim, posterior ou anterior a ela”<sup>348</sup>.

“A questão do concurso aparente de normas constitui um dos temas mais árduos e complexos do direito penal, pela ausência de normas expressas que o regulem”<sup>349</sup>. A constatação realizada por FRAGOSO segue válida. Tanto no que refere à aridez e complexidade do tema, quanto no que refere à ausência de normas expressas de regulamentação<sup>350/351</sup>

Há, não obstante a ausência de legislação, *princípios* que guiam a resolução do conflito aparente, de modo a apontar qual norma deve efetivamente incidir e qual norma deve ser excluída, evitando o duplo castigo. “O fundamento jurídico dessa regra tem apoio na conveniência de ajustar o castigo ao fato delituoso (...). Seu reconhecimento se impõe como medida de justiça e equidade. Apoia-se no princípio da justa aplicação da lei repressiva”<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2001, p. 67 e ss. v. 33. Esclarece o autor, ainda, que o termo “conflito aparente de normas” é, em verdade, gênero, “de que são espécies o conflito aparente de tipos penais e o conflito aparente de tipicidades. No primeiro caso, o conflito tratava-se abstratamente, tornando-se aparente porque, no plano do dever ser, na verdade inexistiu. Já no segundo caso, o conflito tratava-se não no plano do dever ser, mas sim no plano do ser, e passa a ser aparente somente a partir de um critério de justiça eleito pelo legislador. Naquele está situado o princípio da especialidade; neste, o princípio da consunção.”

<sup>349</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 357.

<sup>350</sup> Não existe, ainda hoje, disposições legais para resolver o conflito decorrente do concurso aparente de normas penais. “O Anteprojeto Hungria continha uma regra expressa em tal sentido, subordinada ao verbete “concurso aparente de normas”. Assim estabelecia o art. 5º daquele *disegno di legge*: ‘Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a norma geral; b) a norma relativa a crime, que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato, que é meio necessário ou normal de fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um só crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.’ Nas discussões posteriores daquele anteprojeto a proposta foi eliminada, como se poderá verificar pelo texto do Código Penal de 1969. A crítica mais veemente contra a inovação foi apresentada por Heleno Fragoso, argumentando que somente a relação de especialidade se revelava apta a merecer uma regulação normativa, como o faziam alguns códigos de outros países. E alertava no sentido de que as disposições das letras b e c do art. 5º iriam conduzir a justiça penal a graves equívocos, com o reconhecimento do concurso aparente de normas onde há concurso de crimes”. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 425.

<sup>351</sup> Não há como deixar de registrar, nesse ponto, o trabalho (de (muito) fôlego) elaborado por Flavio Antônio da Cruz, em sua tese de doutoramento junto à Universidade Federal do Paraná. DA CRUZ contribui significativamente para a discussão a respeito do concurso aparente de normas penais no direito brasileiro. Vide DA CRUZ, Flavio Antônio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2014.

<sup>352</sup> CARVALHO FILHO, José Candido. *Concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 37.

Tradicionalmente, três são os princípios que regulam a solução do conflito aparente de normas: o da especialidade, o da subsidiariedade e o da consunção. “O princípio da especialidade resolve-se com critérios lógicos e não apresenta dificuldades. Já os princípios da subsidiariedade e da consunção se regulam por critérios de valoração jurídica”<sup>353</sup>.

Diz-se que uma norma é *especial* em relação à outra (*geral*) quando, além dos requisitos que esta prevê, contém outros elementos *especializantes*, de modo que aquele que realiza o tipo especial realiza, necessariamente, (também) o tipo geral<sup>354</sup>. Havendo tal relação de generalidade e especialidade, prevalece a norma especial (*lex specialis derogat legi generali*)<sup>355</sup>.

Já no que refere à relação de *subsidiariedade*, reconhece-se tal existência quando há diferentes proposições penais (diferentes tipos penais) protegendo o mesmo bem jurídico em fases distintas de ataque. Nesse caso, a lei subsidiária (soldado de reserva, nos termos de HUNGRIA<sup>356</sup>) apenas incidirá quando não for possível a aplicação da lei principal (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)<sup>357</sup>.

Finalmente, há *consunção* (ou absorção) “quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime”<sup>358</sup>. O

<sup>353</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 357.

<sup>354</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 84.

<sup>355</sup> Exemplo clássico de generalidade e especialidade é o crime de homicídio (art. 121 do CP: regra geral) e o crime de infanticídio (art. 123 do CP: regra especial). Evidentemente, quem mata o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, se amolda ao art. 123 do CP, mas também se amolda ao art. 121 do CP (pois também e simplesmente “mata alguém”). Acaso o agente respondesse por ambos os delitos, receberia, pelo mesmo fato, um duplo apenamento. Eis por que o agente, diante da regra de especialidade, será processado e apenado tão somente pelo crime previsto no art. 123 do CP.

<sup>356</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 139.

<sup>357</sup> “A subsidiariedade é *expressa* quando a própria Lei penal contém a *cláusula de reserva*, através de expressões como ‘se o fato não constitui crime mais grave’ (CP, arts. 132 e 307); se o agente ‘não quis o resultado (morte) nem assumiu o risco de produzi-lo (CP, art. 129, §3º); ‘se o fato não constitui crime’ (LCP, art. 21); ‘se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública (LCP, art. 29). A subsidiariedade é *tácita* (ou *implícita*) quando uma figura típica funciona como elementar ou circunstância legal específica de outra, de maior gravidade punitiva, de forma que esta exclui a simultânea punição da primeira: *ubi major minor cessat*. Em tal caso, as circunstâncias elementares de um tipo de ilícito estão contidas em outro, ou como essenciais ou como acidentais, sem que a lei, expressamente, declare o caráter subsidiário de uma norma em relação a outra.” DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 428. Exemplo de subsidiariedade é o constrangimento ilegal (previsto como crime no art. 146 do CP) e a ameaça (prevista como crime no art. 147 do CP), que constituem meio executivo de muitos outros crimes, como o roubo (art. 157 do CP) e o estupro (art. 213 do CP).

<sup>358</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 359. Exemplo de consunção é o que ocorre no denominado *crime progressivo*. Um agente que desferir diversos tiros ou facadas contra alguém certamente produz lesões corporais antes de causar a efetiva morte da vítima. Porém, o agente

fundamento que justifica essa exclusão não é uma relação lógica, mas o próprio *sentido* das leis aplicáveis, vez que uma já contempla, em si, o desvalor delitivo da outra<sup>359</sup>.

A consunção se amplia para abranger, ademais, pluralidade de fatos – nos denominados *antefatos* ou *pós-fatos* impuníveis<sup>360</sup>. É o caso de ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro de determinado sentido constitua o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*)<sup>361</sup>.

ZENKNER SCHMIDT, nesse ponto, entende que “as regras solucionadoras de tal conflito (que) se baseiam no *ne bis in idem*” valem, em verdade, tão somente em relação ao princípio da *especialidade*. Isso pois, no caso da *especialidade*, a escolha por um único tipo penal, de fato, está calcada na impossibilidade de se punir duplamente. No que refere à *subsidiariedade* e à *consunção*, porém, o autor conclui que o fundamento não se justifica. “Inexiste *bis in idem*, pois que não estamos diante de uma singular conduta criminosa, mas sim de uma pluralidade de fatos, que tanto podem estar distanciados no tempo como próximos um do outro, acarretando uma aparente confusão”<sup>362</sup>.

ZENKNER SCHMIDT, ao fazer tal ressalva, não está – registre-se - a afirmar que deve haver cumulação de apenamentos entre os fatos. Apenas está a questionar o fundamento da aplicação, nesses casos, de uma única sanção, afastando o *ne bis in idem* e acolhendo a ideia de proporcionalidade – que também será tratada, com vagar, na sequência do presente estudo.

---

responderá tão somente pelo crime de homicídio (art. 121 do CP), ficando consumido/absorvido o(s) crime(s) de lesão corporal (art. 129 do CP).

<sup>359</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 359.

<sup>360</sup> Não obstante a doutrina e a jurisprudência não diverjam sobre a *existência* de antefatos ou pós-fatos impuníveis, é muito mais complexo definir *quando* um fato *deve ser – ou não deve ser* – abarcado pela regra da consunção. Um primeiro exemplo, inclusive com matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, é a consunção do crime de falso pelo crime de estelionato, quando aquele se exaure neste (súmula 17 do STJ). Há, ainda, unanimidade sobre a aplicação de consunção entre os crimes de falsificação de documento e uso de documento falsificado, havendo divergência, porém, se a falsificação seria *antefato* impunível do uso ou se o uso seria *pós-fato* impunível da falsificação (vide, por exemplo, STJ, HC 464045/RJ, Dje 15.03.2019). Há usual aplicação da consunção dos crimes de falsificação documental quando cometidos com a finalidade de cometer crime tributário, mas não quando cometidos para assegurar a impunidade de crimes fiscais (vide STJ, AgRg no REsp 1717036, Dje 31.08.2018). Discussões muito mais aprofundadas emergem, porém, se, por exemplo, busca-se aferir se um depósito de propinas em contas de familiares seria apenas pós-fato impunível do crime de corrupção passiva ou se configuraria crime de lavagem de dinheiro (vide STF, AP 470, Dje 13.03.2014; STF, AP 804/DF, Dje 07.03.2019 e STF, AP 694/MT, Dje 02.05.2017).

<sup>361</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1970, p. 189.

<sup>362</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2001, p. 67 e ss. v. 33.

### 2.3.2.2 *Ne bis in idem* e aplicação da lei penal no espaço

Outro instituto relacionado ao *ne bis in idem* material vem previsto no art. 8º do Código Penal. Trata-se da hipótese de *extraterritorialidade*, ou seja, caso em que o agente é punido, por um mesmo fato, em terras estrangeiras e (também) no Brasil. Dispõe o art. 8º, mais especificamente, que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Há, nesse caso, o evidente reconhecimento da proibição de dupla punição pelo mesmo fato – mesmo quando as sanções são impostas por ordenamentos distintos.

Nos casos em que a lei brasileira for aplicável a crime praticado, total ou parcialmente, no estrangeiro, ainda que o agente já tenha – naquelas terras e pelo mesmo fato – cumprido pena, o magistrado brasileiro deve *considerar* a sanção já cumprida, justamente na intenção de não duplicar o sancionamento. No caso de diversidade *quantitativa* (ou seja, as penas nacional e estrangeira possuem a mesma natureza/espécie, mas em quantidade distinta), o juiz deve meramente proceder o abatimento do *quantum* da pena menor na maior. No caso de diversidade *qualitativa* (penas com natureza/espécie diferente), porém, haverá obrigatória atenuação da (segunda) pena imposta, mas a medida é deixada ao arbítrio do juiz<sup>363</sup>.

Eis ponto essencial à construção desta tese, razão pela qual o presente estudo voltará, em momento oportuno (Capítulo 04), ao tema.

Também o Estatuto do Estrangeiro revela preocupação com a duplicidade sancionatória quando da incidência das regras penais brasileiras e estrangeiras. A legislação proíbe a extradição<sup>364</sup> quando “o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido” (art. 82, V, da mesma Lei).

Veja-se que tal dispositivo revela, de um lado, a preocupação com a vertente material do *ne bis in idem* (ao impedir a extradição quando o agente já

---

<sup>363</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 193.

<sup>364</sup> A extradição, segundo definido expressamente na própria legislação (art. 81 da Lei n. 13.445/2017), “é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”.

houver sido condenado no Brasil pelo mesmo fato, de modo a evitar que venha a receber novo sancionamento) e, de outro, a preocupação com a vertente processual do princípio (ao vetar a extradição quando o agente já houver sido absolvido no Brasil pelo mesmo fato, de maneira a impedir que venha a sofrer novo julgamento)<sup>365</sup>.

### 2.3.2.3 *Ne bis in idem* e aplicação da pena

O Código Penal, quando das disposições acerca da aplicação da pena, também dispõe sobre a impossibilidade de punir duplamente o sancionado pelo mesmo fato. A previsão expressa está no *caput* do art. 61, que esclarece, antes de estabelecer o rol de agravantes, que estas “são circunstâncias que sempre agravam a pena, *quando não constituem ou qualificam o crime*”.

Da simples leitura do dispositivo legal é possível depreender que a aplicação das agravantes é obrigatória, excetuando-se justamente as hipóteses em que sua aplicação acarretará *uma dupla valoração da mesma circunstância fática*.

Considerar a agravante disposta na letra “h” (crime cometido contra mulher grávida) quando da fixação da pena pelo delito de aborto, por exemplo, seria valorar como agravante algo que constitui o crime, ou seja, seria valorar duplamente “o mesmo algo”. Pode-se dizer o mesmo da consideração da agravante “crime contra criança” quando da aplicação da pena do crime de infanticídio. Em ambos os casos são elementos que *constituem* o próprio crime ou, em outras palavras, são *elementares* do crime, razão pela qual não podem – e não devem – ser novamente considerados quando do cálculo da pena.

Violação também ocorreria acaso o magistrado, diante da qualificadora da futilidade do motivo do crime de homicídio (art. 121, §2º, II, CP), também fizesse incidir sobre a pena-base a respectiva agravante do motivo fútil (prevista no art. 61, II, a, CP). Tratando-se de agravante *também definida como qualificadora*, o magistrado dirá, na sentença, que “deixa de considerá-la como agravante por já estar a circunstância atuando como qualificadora e, desse modo, ensejando

---

<sup>365</sup> MAIA, Rodrigo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. In: *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4, n.16, jul./set. 2005. p. 11-75.



definição de pena-base dentro dos limites mínimo e máximo do tipo *qualificado*<sup>366</sup>.

Embora a legislação preveja regra expressa de *ne bis in idem* tão somente no artigo que trata de agravantes, seu papel é fundamental na aplicação da pena como um todo, sendo um dos princípios mais (in)observados pelos magistrados quando estão desenvolvendo o processo de individualização da pena.

(...) “A violação ao princípio da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*) na dogmática da aplicação da pena poderá ocorrer em dois planos distintos. A primeira incidência de *bis in idem* poderia ser identificada no plano *vertical*, como exposto nos exemplos referidos anteriormente, isto é, quando (a) há sobrevalorização de circunstâncias elementares do tipo penal nas diversas fases da quantificação da pena – reprodução de circunstâncias elementares na pena-base, na provisória ou na definitiva – ou quando (b) existe revalorização de circunstâncias de duas ou mais fases – repetição da agravação da pena-base na pena provisória e/ou pena definitiva. A segunda incidência, mais difícil de ser detectada, seria no plano *horizontal*, quando se percebe a duplicação de efeitos entre as próprias circunstâncias, isto é, quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de agravação (...)”<sup>367</sup>

De fato, como aduz Salo DE CARVALHO, o *bis in idem* pode ser identificado, quando da aplicação da pena, no plano vertical e no plano horizontal, sendo este último de mais difícil percepção e enfrentamento. Para exemplificar, pense-se em um réu que possui duas condenações anteriores caracterizadoras de antecedentes criminais e, então, imagine-se um magistrado que exaspera a pena-base (i) primeiro em razão dos *maus antecedentes*, (ii) depois por considerar sua *personalidade* desajustada (já que incidiu reiteradamente em crimes) e, (iii) por fim, por valorar sua *conduta social* como inadequada (já que reiteradamente violou leis penais). Note-se que, nesse caso, o magistrado com base no mesmo elemento fático (duas condenações anteriores) incrementou a pena-base em três distintas circunstâncias judiciais (antecedentes, personalidade e conduta social).

Sobre a questão dos antecedentes e da reincidência, aliás, existem importantes discussões envolvendo o *ne bis in idem*. É lugar comum que a mesma (e única) condenação anterior não pode ensejar acréscimo na pena-base

---

<sup>366</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 2000.

<sup>367</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

(por mau antecedente) e na pena-provisória (por reincidência). O entendimento está inclusive registrado na súmula 241 do STJ<sup>368</sup>: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

A discussão, porém, vai além. Isso porque há quem sustente – posição não acolhida pelos Tribunais Superiores brasileiros<sup>369</sup> – que os próprios institutos da reincidência e dos maus antecedentes são, em si, violadores do *ne bis in idem*<sup>370</sup>. “A reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o

---

<sup>368</sup> A súmula foi publicada no ano de 2000 e tem como precedentes do STJ o HC 9219/SE, o REsp 95479/AM, o REsp 160171/RS e o RHC 3947/SP.

<sup>369</sup> O Supremo Tribunal Federal entendeu (no julgamento do RE 453000, em abril de 2013) pela recepção da reincidência, em face da Constituição Federal de 1988, por não haver conflito entre o instituto e os princípios do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da individualização da pena, pois não se estaria a ponderar delitos anteriores, mas o atual, distinguindo o condenado que cometeu a primeira infração com aqueles que estão reiterando na violação legal. Parcela da doutrina também defende a constitucionalidade do instituto previsto nos arts. 63 e 64 do Código Penal. “Primeiramente, porque quando o juiz considera a reincidência, não está utilizando propriamente o fato passado em desfavor do agente; o que justifica a agravante é o fato de o mesmo indivíduo ter novamente violado a ordem jurídica, a despeito de devidamente punido pela prática delitiva anterior. Logo, não se pode afirmar que há nova punição sobre o fato, mas, sim, que a reiteração na prática de condutas que atentam contra a regular convivência social sofre (e deve mesmo sofrer) reprimenda mais severa”. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

<sup>370</sup> Nesse sentido Maria Lúcia Karam ao aduzir que “nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade”. KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1994, p. 125. v. 6. Também Paulo César Busato ao afirmar que “a reincidência não pode configurar por si só um *quantum* de pena, já que seria essa pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem*. Isso porque uma fração da pena – aquela que equivale ao aumento proporcionado pela agravante genérica da reincidência – deriva integralmente de outro crime, cuja pena foi completamente cumprida pelo apenado”. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891. Ainda nesse sentido Lênio Streck, que aponta ademais para o caráter estigmatizante do instituto ao dividir indivíduos entre aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo. STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63 e ss. Salo de Carvalho destaca que “dentre os principais argumentos jurídicos sobre a inconstitucionalidade da reincidência destaca-se sua contradição lógica com o princípio da proibição da dupla incriminação *ne bis in idem*. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 397. Alberto Silva Franco entende que o instituto da reincidência não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, posto que “reconhecer a reincidência significa alargar o raio de abrangência da decisão de condenação do processo, em que foi proferida, para o efeito de atingir a pena a ser fixada em outro processo, movido em virtude de novo fato criminoso praticado pelo mesmo condenado.” FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In: *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3. Zaffaroni e Pierangeli também rejeitam tentativas teóricas de fundamentar a agravação da pena pela reincidência por entender afrontado o *ne bis in idem* e a conseqüente intangibilidade da coisa julgada, concluindo que a reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua inconstitucionalidade é sumamente discutível. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 795.

*quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.<sup>371</sup>”

A possível violação ao *ne bis in idem* por parte do instituto da reincidência, especificamente e em verdade, deve ser discutida de modo mais amplo. É que tal instituto não apenas significa um agravamento na pena quando da análise da segunda fase do sistema trifásico, mas é (re)considerado – no Código Penal – em diversos outros momentos da aplicação da pena e da parte especial. A reincidência é considerada, afora a agravante prevista no art. 61, I, para (i) definição de regime de cumprimento de pena mais severo (art. 33, §2º), (ii) restrição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II); (iii) vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela multa (art. 60, §2º); (iv) obstrução do *sursis*, em caso de crime doloso (art. 77, I); (v) aumento do lapso de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II); (vi) aumento e interrupção do prazo prescricional (arts. 110 e 117, VI); (vii) revogação do *sursis* (art. 81, I), do livramento condicional (art. 87) e da reabilitação (art. 95); e, em delitos específicos dispostos na Parte Especial, como por exemplo (viii) obstrução de diminuição da pena (art. 155, §2º; arts. 170 e 171, §1º)<sup>372</sup>.

Portanto, o instituto da reincidência conta não apenas com *duplicidade*, mas com *multiplicidade* de (re)valorações negativas no âmbito do sancionamento do agente. DE BEM e MARTINELLI insistem que, no processo (completo) de determinação da pena e de suas consequências, a mesma circunstância não deve(ria) receber uma dupla (ou múltipla) valoração jurídica.

---

<sup>371</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008, p. 580. Essa não é a única crítica de Juarez Cirino dos Santos a respeito do instituto da reincidência. O autor entende que a reincidência (real, especificamente) não apenas não deveria ser considerada agravante, como deveria incidir como atenuante de pena, posto que “prova a falha do projeto técnico-corretivo da prisão”. “Se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados”. Paulo César Busato, por sua vez, entende – caso considerado constitucional – que o instituto da reincidência pode ser tanto uma agravante, quanto uma atenuante. “O fato de que o sujeito voltou a delinquir tanto pode ser um indicador negativo, porque ele teve todas as oportunidades de não voltar a delinquir e reincidiu, como pode representar também o insucesso do sistema em recuperá-lo e a incapacidade social de evitar que ele volte a participar de um ambiente criminógeno, representando uma diminuição de culpa por fatores de *coculpabilidade*”. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891.

<sup>372</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 396.

A contenção do poder punitivo exige, por exemplo, que circunstância elementar do tipo penal não seja reconsiderada em nenhuma fase da dosimetria; que, quando a mesma circunstância for comum a mais de uma etapa da injunção penal, poderá ser sopesada uma única vez e, regra geral, na última etapa em que couber; que, superada a marcha de fixação da pena, é dizer, alcançado o quantum final de privação de liberdade, o julgador se abstenha de reconsiderar qualquer análise prejudicial já realizada durante o sistema trifásico. Neste último quadrante, o que estamos propondo, em outros termos, é obstar a transposição do resultado negativo da análise de uma determinada circunstância para além das três etapas de fixação da pena, até porque, dentro do próprio sistema, eventual duplicidade (reavaliação) é facilmente descartada. Essa tese, privilegiando o respeito ao princípio *ne bis in idem*, é condizente com a proposta constitucional de arrefecimento de danos individuais<sup>373</sup>.

Há que se reconhecer, portanto, que, não obstante o princípio *ne bis in idem* não esteja expresso na Constituição Federal, permeia (toda) a legislação infraconstitucional e suscita discussões no âmbito da aplicação da lei penal – seja através do conflito aparente, seja através da extraterritorialidade – e no âmbito da aplicação da pena.

A doutrina e a jurisprudência, ao que parece, se debruçam sobre o tema sem verdadeiramente se debruçar. Leia-se: constantemente tratam do *ne bis in idem*, mas sem haver discutido de maneira aprofundada o que exatamente é o *bis* e o *idem* constantes do brocardo. Tais expressões são, simples notar, a *essência* que determinará o *alcance* da proibição. Eis por que necessário conferir às expressões cuidadosa atenção.

#### 2.4 NE BIS IN IDEM: DEFININDO O IDEM

A proibição do *ne bis in idem*, como já visto, significa a vedação de uma dupla persecução ou um duplo sancionamento em razão *do mesmo*. Mas, afinal, *do mesmo* o que? Da mesma conduta humana? Do mesmo crime, assim classificado? Do mesmo fato histórico?

A doutrina nacional e estrangeira, no intento de responder a tais questionamentos, traça requisitos<sup>374</sup> que permitem (e, mais do que isso,

<sup>373</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 202, p. 335.

<sup>374</sup> Nem sempre esses requisitos coincidem. Keity Saboya, no Brasil, estabelece que são dois os requisitos: identidade de sujeito passivo e identidade de fatos. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 155 e ss. Carolina A. Vanella, autora argentina, por sua vez, entende que são três os requisitos: identidade de sujeito,

impõem) a incidência do *ne bis in idem*. Para saber se, de fato, se está diante de um *idem*, há que se verificar uma dupla identidade: (i) o mesmo sujeito (passivo) (*eadem persona*) e (ii) o mesmo fato (*eadem res*).

#### 2.4.1 Identidade de sujeito (passivo)

Primeiro requisito a ser analisado – para a incidência do *ne bis in idem* seja em sua vertente processual ou material – é a identidade de *sujeito*<sup>375</sup>. Uma vez que o Estado é sempre o titular da pretensão veiculada no processo penal, ou através do Ministério Público (em ações públicas), ou do querelante (em ações privadas), interessa à verificação da incidência do *ne bis in idem* a identidade do sujeito passivo (investigado/acusado/réu/condenado)<sup>376</sup>.

Tal ponto parece evidente quando advém a lembrança de que o *ne bis in idem* é uma regra (de política criminal) de proteção *do indivíduo*.<sup>377</sup>

Assim, o indivíduo pode ter sido acusado e/ou condenado como autor, coautor ou partícipe do fato. Pouco importa. Tendo havido uma anterior imputação ou condenação, o *ne bis in idem* impede o advento de nova imputação ou condenação, sendo indiferente a (re)classificação acerca da autoria/participação<sup>378</sup>.

Nesse sentido, Carlos CREUS bem estabelece que se deve considerar *mesmo sujeito* toda pessoa de existência física que é indicada, em um ato do processo, como autor ou partícipe de um fato que se investiga ou que se venha a investigar, nominando-o ou individualizando-o da forma que for<sup>379</sup>.

---

de fato e de causa de persecução. VANELLA, Carolina A. *La Prohibición de la Persecución Penal Múltiple en los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Errepar, 2016, p. 22 e ss. No caso do presente trabalho, optou-se por separar a análise do “idem” e do “bis”. Assim, a discussão relacionada à causa (fundamento) da persecução, ao nosso sentir, guarda maior relação com o “bis” e não com o “idem”, razão pela qual restringimos a análise do “idem” a duas identidades: mesmo sujeito (passivo) e mesmo fato (histórico).

<sup>375</sup> Nesse ponto, existe uma coincidência entre o espaço material do *ne bis in idem* e o concurso de normas ou de crimes: ambos dependem estritamente da identidade do agente. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 980.

<sup>376</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

<sup>377</sup> VANELLA, Carolina A. *La Prohibición de la Persecución Penal Múltiple en los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Errepar, 2016, p. 22.

<sup>378</sup> Núñez, Ricardo C. La garantía del non bis in idem em el Código de Procesamiento Penal de Córdoba. In: *Revista de Derecho Procesal*, año IV, 4º trimestre, 1946, p. 317.

<sup>379</sup> CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 267.

Ademais, pouco importa o nome ou a identificação formal do indivíduo, prevalecendo, naturalmente, a sua identidade física<sup>380/381</sup>

Se tais considerações são pacíficas na doutrina, o mesmo não se diz da discussão sobre (eventual) identidade entre pessoa física e pessoa jurídica (representada pela (mesma) pessoa física)<sup>382</sup>.

Naturalmente que o princípio do *ne bis in idem* aplica-se caso haja duplicidade de persecução/condenação à mesma pessoa física ou à mesma pessoa jurídica. Leia-se: pessoas físicas e pessoas jurídicas estão igualmente amparadas pela proibição do *ne bis in idem*. A discussão que se coloca, portanto, é sobre a incidência – ou não – do *ne bis in idem* quando, num mesmo contexto e pelos mesmos fatos, advém persecução/punição à pessoa física e à pessoa jurídica (representada por esta pessoa física)<sup>383</sup>.

Parte (pequena) da doutrina entende que, nesse caso, de pronto, há violação do *ne bis in idem*. Nesse sentido, por exemplo, PÉREZ MANZANO ao aduzir que a imposição de duas sanções, uma à pessoa física que atua como representante (de um órgão) da pessoa jurídica e outra à própria pessoa jurídica, constitui uma duplicidade sancionatória pela mesma infração – eis que as sanções estão sendo paralelamente impostas a dois sujeitos de direito que apenas formalmente podem se considerar autônomos<sup>384</sup>.

<sup>380</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 346.

<sup>381</sup> Discussão possível é quando há fraude sobre a identificação, cometida pelo próprio indivíduo – algo, aliás, não raro no cotidiano forense. Nesse caso “pode-se equacionar duas opções: se a fraude não teve qualquer relevância para a decisão, haverá *ne bis in idem* nos termos gerais, depreendendo-se que o arguido prescindiu do exercício dos direitos de defesa inerentes à presença em julgamento. Caso a fraude tenha determinado a prolação de sentença num determinado sentido, fica em aberto o mecanismo de revisão da sentença.”. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 392 do Tomo II. Sobre a existência de fraude (como por exemplo a atribuição, a si próprio, de falsa identidade, a utilização de certidão de óbito falsa, etc.) e o reconhecimento (ou não) de coisa julgada, já traçamos linhas no artigo Os Tribunais Superiores e a (Im)possibilidade de reconhecer a inexistência ou de revisar ato jurídico em desfavor do réu. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba: OAB/PR, 2017, p. 285 e ss. Ainda nesse sentido, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional*, 2010. v. 2.

<sup>382</sup> Apenas chamando a atenção para a discussão, CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2012. v. 92.

<sup>383</sup> Nesse ponto, sem pretensão de ofertar solução, mas apenas de registrar a distinção, veja-se que, no Brasil, há possibilidade de imputação penal concomitante à pessoa jurídica e à pessoa física (como no caso dos crimes ambientais), bem como há possibilidade de imputação administrativa à pessoa jurídica e imputação penal à pessoa física, pelos mesmos fatos.

<sup>384</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 127.

A posição da autora, porém, está vinculada com a ideia de que “a pessoa jurídica responde pela infração unicamente em razão da extensão da culpabilidade advinda da pessoa física”<sup>385</sup>, ou seja, a culpabilidade de uma estaria vinculada e dependente da culpabilidade de outra, não havendo autonomia na responsabilidade de ambas e, conseqüentemente, não sendo possível existir uma independência sancionadora.

Não obstante essa compreensão<sup>386</sup> já tenha sido (e ainda seja) acolhida por nomes significativos da doutrina nacional e estrangeira<sup>387</sup>, bem como já tenha sido adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros<sup>388</sup>, houve significativa alteração de entendimento quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR<sup>389</sup>. Na ocasião, se entendeu que o art. 225, §3º, da Constituição Federal, não condicionou a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física responsável, ou seja, não impôs a necessária dupla imputação. No voto elaborado pela Min. Rosa Weber, há a constatação de que, independentemente das discussões acadêmicas acerca da

---

<sup>385</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 127.

<sup>386</sup> Que decorre da teoria da ficção, de tradição romanística, defendida por SAVIGNY e por VAREILLES-SOMMIÈRES e se opõe à teoria da realidade, defendida pelo jurista alemão OTTO GIERKE (seguido por VON TUHR e ZITELMANN). As posições que fundam a responsabilidade penal da pessoa jurídica “se dividem entre uma teoria que se fundamenta na vontade real da pessoa jurídica e outra que somente a admite como reflexo/rebote do ilícito das pessoas físicas que compõem os seus órgãos ou sua representação. Para os primeiros a responsabilidade penal da pessoa jurídica é direta (como que se derivada de uma vontade própria e real), no entanto para os segundos é indireta (ou derivada da vontade daqueles que integram seus órgãos).” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

<sup>387</sup> No Brasil, portanto e inicialmente, preponderou (i) o que Carlos Díez chamaria de modelo de heterorresponsabilidade, que buscava no indivíduo (pessoa física) elementos da tradicional teoria do delito (conduta, dolo, imputabilidade, culpabilidade...) e, posteriormente, atribuía à pessoa jurídica, tornando a pessoa jurídica responsável por reflexo ou ricochete. Ou (ii) a rejeição de que poderia a pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente. Ou seja, mesmo diante da imposição constitucional e concretização pela Lei dos Crimes Ambientais, houve rejeição doutrinária quanto à possibilidade de punição penal do ente coletivo – sob fundamento de haver total incompatibilidade da tradicional teoria do delito. Nesse sentido, vide autores como Juarez Cirino dos Santos, Eugenio Raúl Zaffaroni, Miguel Reale Júnior, Muñoz Conde, in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vide, ainda, Díez, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>388</sup> Veja-se, por exemplo, o Recurso em Mandado de Segurança n. 16696/PR, do Superior Tribunal de Justiça, que afirmava que “a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requiritava a imputação simultânea da pessoa jurídica (pessoa moral) e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, praticava o fato-crime, atendendo-se, com isso, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*”.

<sup>389</sup> STF, RE n. 548181/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 30.10.2014.

responsabilização penal dos entes coletivos, “os argumentos teóricos e as concepções abstratas do modelo dogmático da ciência penal tradicional, embasados na ação do indivíduo (*societas delinquere non potest*), não convenceram o legislador constitucional originário”<sup>390</sup>.

De fato, o art. 225, §3º, da Constituição Federal<sup>391</sup> prevê expressamente, no que refere aos crimes ambientais, a responsabilização no âmbito civil, administrativo e penal dos entes coletivos<sup>392</sup>. A Lei n. 9605/1998, portanto, apenas deu concretude – dez anos mais tarde – à expressa manifestação constitucional.

Soa acertado reconhecer que pode haver, sim, responsabilidade penal da pessoa física – que agiu no interesse do ente coletivo – e, também, da pessoa jurídica, sem que isso *automaticamente* acarrete um *bis in idem*. Necessário é verificar se essa responsabilidade cumulativa está assentada nos mesmos e únicos pressupostos objetivos e subjetivos, ou seja, num único juízo de imputação<sup>393</sup>. Leia-se: para que se possa sustentar, legitimamente, a responsabilidade cumulativa da pessoa coletiva e do seu representante (pessoa física), é indispensável que cada qual seja autonomamente responsável pelo próprio fato<sup>394</sup>.

Assim, sobre tal controvérsia que se impõe, é possível afirmar que (i) a pessoa física pode ser penalmente responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa jurídica; (ii) a pessoa jurídica pode ser penalmente

---

<sup>390</sup> STF, RE n. 548181/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 30.10.2014.

<sup>391</sup> Art. 225, §3º, CF: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Até houve esforço hermenêutico de afirmar que pessoas físicas estavam relacionadas às sanções penais e pessoas jurídicas estavam relacionadas às sanções administrativas, “respectivamente”. Não faz sentido, inclusive porque, como é evidente, pessoas físicas também podem ser sancionadas administrativamente – e a Constituição Federal não rejeita(ria) tal (tão assente) possibilidade.

<sup>392</sup> Precedentes que reconhecem que a Constituição Federal de 1988 consagrou a viabilidade da imputação penal aos entes coletivos na seara do meio ambiente: STF, HC 92921, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 26.09.2008; STF AgRg no RE 593729, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 06.03.2009. Na doutrina nacional, registre-se, nesse sentido e por todos, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70 e ss.

<sup>393</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 398.

<sup>394</sup> Lembrando que o Direito Penal está assentado no princípio da culpabilidade, que homenageia a responsabilidade subjetiva e impede que condutas do ente coletivo sejam automaticamente (objetivamente) atribuídas aos seus representantes. Deve haver, portanto, preenchimento objetivo e subjetivo do tipo penal para que se possa cogitar da responsabilidade penal do(s) representante(s).



responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa física; (iii) podem ser a pessoa física e a pessoa jurídica penalmente responsabilizadas sem que isso represente uma automática violação ao *ne bis in idem*, quando cada qual é comprovada e autonomamente responsável pelo próprio fato e (iv) pode haver *bis in idem* quando o representante da pessoa coletiva seja responsabilizado, a título pessoal, pelo fato e, em regime cumulativo, enquanto representante da pessoa jurídica, pelo mesmo fato e com o mesmo fundamento<sup>395</sup>.

Tais conclusões ganham especial contorno quando se está diante de empresas unipessoais ou cujo tamanho acaba por tornar artificial a ideia de ausência de identidade de sujeitos<sup>396</sup>. Imagine-se o seguinte e simplista exemplo: João, pessoa física, constitui uma empresa unipessoal para trabalhar em reformas e obras. Determinado dia, contratado para realizar um serviço, João extrai, de floresta de domínio público, sem prévia autorização, pedra, areia e cal. Diante desse caso, como ficaria a responsabilização penal em face do crime previsto no art. 44 da Lei n. 9605/98? João responde enquanto pessoa física e a pessoa jurídica fica isenta de responsabilidade? A pessoa jurídica responde e João, enquanto pessoa física, fica isento de responsabilidade? Ou pode haver responsabilização penal tanto de João, quanto da pessoa jurídica unipessoal?

Aqui se está diante de caso em que a dupla punição seria, sim, diante das conclusões estabelecidas, uma violação ao *ne bis in idem*: há dupla punição baseada exatamente no mesmo fato e com o mesmo fundamento, não havendo autonomia entre a responsabilidade da pessoa física e a da pessoa jurídica.

#### 2.4.2 Identidade de fato

Se o primeiro critério é verificar se se trata *do mesmo sujeito*, o segundo critério – para identificação do *idem* – é saber se se está diante *do mesmo fato*. Para tanto, indispensável estabelecer *o que é, exatamente, mesmo fato*. Seria o

<sup>395</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 403.

<sup>396</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013, p. 218.

mesmo crime, ou seja, seria considerada a tipificação dada ao fato? Seria o mesmo fato histórico, enquanto recorte de realidade, independentemente de qualquer valoração jurídica conferida? Seria o mesmo fato jurídico, ou seja, o mesmo fenômeno normativo-social?

Na tentativa de ofertar resposta, a doutrina se divide em distintas correntes.

A primeira corrente adota a *teoria naturalista*, que considera o fato em sua realidade histórica. Ou, como diria MAIER, fato seria “realidade histórica atribuída”<sup>397</sup>. O fato, portanto, estaria intimamente relacionado à conduta humana recortada em determinado tempo e espaço, sendo indiferente a valoração e/ou a classificação dada pelo Direito.

Em linguagem bastante direta define RANGEL que “é o fato cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida”<sup>398</sup>. Eis por que para os naturalistas a determinação do fato não corresponde, definitivamente, a um determinado *crime* ou a um determinado *ilícito* (de qualquer natureza). É, como sugere o nome da teoria, o *fato natural*.

A segunda corrente – como reação crítica aos naturalistas<sup>399</sup> – adota a *teoria normativa*. Tal teoria compreende que, no bojo de um processo (para discutir o duplo processamento e, conseqüentemente, a dupla punição), um fato somente pode ser configurado a partir de critérios jurídicos.

Para os normativistas, os fatos devem ser vistos através de um prisma jurídico, não bastando o conceito que entende como fato qualquer porção de realidade<sup>400</sup>.

Portanto, o fato natural, de modo isolado, não possui relevância jurídica. A relevância é conferida justamente quando o fato natural ganha contornos

---

<sup>397</sup> MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal, tomo I, Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, p. 368.

<sup>398</sup> RANGEL, Paulo. O Garantismo penal e o aditamento da denúncia. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 04, p. 56 e ss. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2004\\_55.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_55.pdf). Acesso em: 07.09.2020.

<sup>399</sup> Tigre Maia entende que as limitações dessa concepção guardam relação com sua aplicação nos crimes progressivos ou no concurso heterogêneo de crimes. MAIA, Rodrigo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. In: *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4, n.16, jul./set. 2005. p. 11-75.

<sup>400</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem*. Barcelona, Editora Tirant lo blanch, 2002, p. 103.

jurídicos e é amoldado a um crime. “O parâmetro jurídico que dota de unidade o acontecido é a norma penal na qual se descreve a figura delitiva”<sup>401</sup>.

A terceira e última corrente entende que o fato não deve ser visto como fato natural, tampouco como crime. Esta corrente entende que deve prevalecer a ideia de *fato processual*.

É a posição adotada, por exemplo e entre nós, por SABOYA. Para a autora, a teoria naturalista tem inegável mérito ao garantir – para fins de *ne bis in idem* – que a qualificação jurídica dada ao fato não seja determinante ou, dito de outro modo, para garantir que não haja dupla persecução ou dupla punição quanto ao mesmo fato, mesmo que a ele se atrelem classificações jurídicas distintas. Porém, aduz que “uma delimitação exata do complexo de fatos apreciados (pela sentença com força de coisa julgada), é impossível sem o recurso aos elementos valorativos”<sup>402</sup>.

Assim e portanto, conclui a autora que sendo certo que o tipo penal integra o conteúdo da imputação – conforme bem demonstra o art. 41, do Código de Processo Penal, ao exigir a individualização do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias – faz sentido a adoção de uma posição mista, não se negando a incidência de critérios jurídico-penais do fato imputado – teoria normativa –, tampouco a perspectiva naturalista. “Desse modo, o fato processual penal não deixa de ser algo hipotético, mas considerado concreto, tido por existente, no momento da propositura da demanda”<sup>403</sup>.

O presente estudo adota conclusão distinta. Ao se analisar se há, ou não há, duplicidade de persecução e de sancionamento, parece mais adequado olhar para o fato natural – do modo como ocorrido na realidade, como fato histórico – e não para um fato valorado juridicamente ou para um fato processual.

É que atrelar o fato à sua valoração jurídica – nos moldes pretendidos pela teoria normativa – restringe, de modo inaceitável, o *ne bis in idem*. Basta pensar em uma situação em que determinado sujeito é denunciado, julgado e absolvido do crime de roubo (ou seja, de um fato histórico que fora juridicamente valorado como o delito descrito no art. 157 do Código Penal). Findo tal processo, pode haver nova persecução com base no mesmo fato histórico, mas agora

---

<sup>401</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem*. Barcelona, Editora Tirant lo blanch, 2002, p. 91.

<sup>402</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 169.

<sup>403</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 169.

classificado juridicamente como o crime de extorsão, tipificado no art. 158 do Código Penal?

Evidentemente que não. Mas, se o fato que impede o *ne bis in idem* é o fato juridicamente valorado, nova valoração jurídica representaria novo fato e, conseqüentemente, autorizaria nova persecução (e/ou nova punição), de modo a praticamente esvaziar a proibição do princípio, em ambas as vertentes (processual e material).

Do mesmo modo, não parece acertado enxergar o fato como *fato processual*. O *fato processual* guarda relação, em verdade, com a ideia de (princípio da) correlação (entre denúncia e sentença)<sup>404</sup>. AURY LOPES JR. esclarece que:

É importante ressaltar que, na coisa julgada, o foco é diferente da problemática vista na correlação. Lá, importava o conceito de fato processual, englobando o fato penal e o natural. Aqui, a situação é distinta, pois ainda que se possa falar em fato processual, o que realmente importa é o fato natural.

Para os limites da coisa julgada, interessa a complexidade fática decidida, independentemente da definição jurídica que receba, pois o que se busca é evitar que o réu seja acusado de um determinado fato, cuja definição jurídica foi recusada pelo juiz, que o absolveu no final. Pode o acusador fazer uma nova acusação, tendo como objeto o mesmo fato natural, mas com diferente tipificação?

Não, pois existe coisa julgada. Assim, evidencia-se que a coisa julgada busca proteger o réu do *bis in idem*, ou seja, nova acusação pelo mesmo fato, ainda que diverso seja o nome jurídico a ele atribuído. (...) Assim, recordemos que: fato processual = fato penal + fato natural. Mas, no estudo da coisa julgada, o ponto nevrálgico é o fato natural e o imputado<sup>405</sup>.

Veja-se que a parte significativa da doutrina, ao discutir a identidade de fato para definir o alcance do *ne bis in idem*, o faz no âmbito da vertente processual. Leia-se: regra geral a doutrina se propõe a definir o que é mesmo fato para, com isso, definir os contornos da coisa julgada e impedir um novo processo penal em face dos mesmos fatos já julgados.

Nesse sentido, além dos autores mencionados nas linhas anteriores, VANELLA, ao registrar que “o impedimento da persecução penal múltipla bloqueia um novo processo (sobre um mesmo fato) por mais que a qualificação jurídica seja distinta”. A autora esclarece “que interessa não a qualificação legal,

<sup>404</sup> Tanto assim que o fato processual está relacionado ao art. 41 do Código de Processo Penal, quando da fundamentação de SABOYA ao optar por essa corrente.

<sup>405</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 995.

mas a materialidade da conduta. A modificação no título da imputação não modificará a identidade do fato<sup>406</sup>.

Para o presente trabalho, porém, interessa sobremaneira a vertente material (o não duplo sancionamento). E é justamente ao reconhecer que o fato é apenas o fato natural (fato histórico) – pouco importando a *valoração* ou os *contornos jurídicos* conferidos, seja pelo legislador, seja pelo julgador – que será possível discutir o *bis in idem* não apenas no âmbito (interno) do direito penal<sup>407</sup> e entre ordenamentos diferentes (direito penal nacional e direito penal internacional), mas também entre instâncias distintas (direito penal e direito administrativo sancionador, por exemplo).

## 2.5 NE BIS IN IDEM: DEFININDO O BIS

Definido que o *idem* refere ao mesmo *fato histórico*, passa-se à (necessária) discussão do que configura – e do que não configura – o *bis*. Essa é discussão crucial ao presente trabalho.

Há uma histórica e simplificada resposta à questão: ao vetar o *bis*, se está a evitar uma dupla persecução (âmbito processual) e uma dupla punição (âmbito material/sancionatório). Tal resposta não é equivocada, mas é, em absoluto, insuficiente. Há *bis* se houver previsão de duas sanções distintas no mesmo preceito secundário? Há *bis* apenas caso haja persecução no âmbito (interno) do direito penal? Há *bis* caso haja persecução em esferas distintas do Direito ou, para usar as palavras adotadas pelos Tribunais Superiores, em instâncias independentes do Direito? Há *bis* caso haja persecução e punição, pelo mesmo fato histórico, por ordenamentos jurídicos distintos?

## 2.6 BIS NO ÂMBITO DA MESMA INSTÂNCIA DO DIREITO

---

<sup>406</sup> VANELLA, Carolina A. *La Prohibición de la Persecución Penal Múltiple en los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Errepar, 2016, p. 26.

<sup>407</sup> Tal fato (natural) pode fazer nascer um conflito aparente de normas, que então será solucionado com os já mencionados critérios de especialidade, subsidiariedade e consunção. Bem verdade que em tal fato (natural) pode, inclusive, haver concurso de crimes, a ser solucionado através das regras de concurso material, concurso formal e continuidade delitiva (conforme disposto nos arts. 69, 70 e 71 do Código Penal). E, por fim, é esse fato natural – com todas essas complexidades – que deve ser considerado quando se for analisar a impossibilidade de uma nova persecução (vertente processual) e de uma nova punição (vertente material).

De todos os questionamentos lançados, esse é o que conta com menor divergência: todos os âmbitos/instâncias do direito consideram, *internamente* – mesmo que de distintas maneiras -, o princípio do *ne bis idem*.

### 2.6.1 *Bis* no âmbito interno do direito penal

Que se adota o *bis* no âmbito interno do direito penal, dúvida não há. O princípio do *ne bis in idem* é constantemente arrolado como princípio basilar do direito penal e do direito processual penal. Os institutos da coisa julgada e da litispendência – trabalhados no item 2.4.1 – são exemplos claros da vedação do *bis* no âmbito interno do processo penal. Já as regras solucionadoras do conflito aparente de leis penais e as discussões relativas à aplicação da pena – trabalhadas no item 2.4.2 – são exemplos evidentes da vedação do *bis* no âmbito interno do direito penal.

Há, portanto, uma violação ao princípio do *ne bis in idem* quando se instaura uma nova persecução *penal* em face de um fato histórico que (i) já foi julgado e já foi apenado anteriormente ou que (ii) já foi julgado e considerado improcedente anteriormente.

Não há, porém, violação ao princípio quando da previsão de duas penas distintas *no mesmo preceito secundário*. Breve consulta à legislação penal brasileira permite verificar que a prática é recorrente: muitos dos preceitos secundários preveem pena privativa de liberdade e, cumulativamente, multa<sup>408</sup>; pena privativa de liberdade e, cumulativamente, suspensão do direito de dirigir veículo automotor<sup>409</sup>. Nestes casos, o legislador prevê, *ex ante*, que para determinado fato, a pena proporcional à reprovação e prevenção é a pena privativa de liberdade cumulada com a pena de outra natureza. Ao prever duas

---

<sup>408</sup> Regra geral o legislador prevê pena privativa de liberdade cumulada com pena de multa quando o crime possui certo grau de gravidade (os crimes menos graves preveem, muitas vezes, pena privativa de liberdade ou (alternativamente) pena de multa) e quando, de algum modo e em algum aspecto, toca questões econômicas. É o caso, por exemplo, do crime de estelionato (art. 171 do CP), que prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa; do crime de furto (art. 155 do CP), que prevê reclusão de 1 a 4 anos e multa; do crime de roubo (art. 157 do CP), que prevê pena de reclusão de 4 a 10 anos e multa; do crime de moeda falsa (art. 289 do CP), que prevê pena de reclusão de 3 a 12 e multa; do crime de peculato (art. 312 do CP) que prevê pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa, dentre tantos outros – seja no Código Penal ou em legislação extravagante.

<sup>409</sup> Crimes previstos na Seção II do Capítulo XIX do Código de Trânsito Nacional, por exemplo, preveem pena privativa de liberdade e “suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor” – vide, por exemplo, art. 302, 303 e 308 da Lei n. 9.503/1997.

penas no mesmo preceito secundário, o legislador, ao prever uma, já está considerando a existência da outra – e é no conjunto de penas previstas, justamente, que o legislador entende haver proporcionalidade para o sancionamento.

Ademais, como se sabe, o Código Penal foi historicamente reconhecido como a *Carta Magna do delinquente*<sup>410</sup> justamente por ser o instrumento que permite que o indivíduo conheça, de antemão, qual a sanção prevista caso incorra em determinado crime. Quando há previsão de duas sanções cumulativas no mesmo preceito secundário, tal possibilidade não se esvai: o indivíduo, ao consultar a legislação, conhecerá, de antemão, que aquele conjunto de sanções previsto é o que incidirá sobre si, caso decida por cometer o delito.

Portanto, a previsão de duas penas no mesmo preceito secundário não representa violação ao princípio do *ne bis in idem* sob nenhum aspecto: não representa uma nova persecução penal a fato já anteriormente processado; não representa uma nova punição a fato já anteriormente punido; não menospreza a proporcionalidade prevista *ex ante* pelo legislador, posto que é o próprio legislador que, ao definir o preceito secundário, na mesma ocasião, decide por aquele conjunto de sanções e, finalmente, não viola a noção de anterioridade e previsibilidade, pois garante que o indivíduo conheça, de antemão e claramente, o conjunto de penas que a si será aplicado caso incorra na conduta descrita no preceito primário.

Se é verdade que existe – pacificamente – a aplicação do princípio do *ne bis in idem* no âmbito interno do direito penal, também é verdade que existe preocupação com a aplicação do princípio em outros âmbitos (internos) do direito.

## 2.6.2 *Bis* no âmbito interno do direito tributário

---

<sup>410</sup> É de Liszt tal frase, cunhada em Berlim, em 1905. “O Código Penal é a Carta Magna do delinquente.” Com isso, o doutrinador alemão quer definir que o Código Penal protege precipuamente o indivíduo que contra o próprio Código Penal atuou – antes de proteger a ordem jurídica e a comunidade. E, também como consequência dessa percepção, Von Liszt defendia que o Direito Penal deveria constituir uma barreira intransponível da política criminal. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

No âmbito interno do direito tributário, por exemplo, não se pode negar a aplicabilidade do princípio, “como se tratasse de corpo estranho a tal seara jurídica”<sup>411</sup>, mas tampouco há a aplicabilidade tão “geral e incondicionada que determinados profissionais do direito pretendem lhe dar”<sup>412</sup>.

No plano concreto – aplicabilidade concreta pelo aplicador do direito, através da atividade de lançamento –, é pacífica a aplicabilidade do *ne bis in idem*. Leia-se: um tributo exigido pelo Fisco e quitado pelo contribuinte não pode ser novamente cobrado (inclusive porque o pagamento simplesmente extingue a obrigação tributária). Do mesmo modo, a realização de um único fato gerador não pode ensejar duplo ou múltiplo lançamento tributário. “A realização concreta da hipótese de incidência admite uma única constituição do crédito pelo Fisco, que corresponde e esgota aquele evento, com interdição ao *bis*”<sup>413</sup>.

Já no plano abstrato – ou seja, no plano normativo –, a vedação ao *ne bis in idem* é menos óbvia<sup>414</sup>. Isso porque a Constituição Federal não veda expressamente a instituição de dois ou mais tributos de espécies diferentes<sup>415</sup>, que tenham hipóteses de incidência e/ou bases de cálculo semelhantes<sup>416</sup>, ou seja, não há regra geral nesse sentido. Assim, se o Poder Constituinte outorga competência tributária a determinado ente e este a exerce nos precisos termos da outorga, “desimportante será o fato de tal exação possuir par idêntico, sendo simultaneamente cobrada por outro ou o mesmo ente igualmente autorizado”<sup>417</sup>.

---

<sup>411</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 52.

<sup>412</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 52.

<sup>413</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 52.

<sup>414</sup> Há, nesse campo, muitas e interessantes discussões possíveis. Veja-se, por exemplo, o ARE 762240/SC, julgado no Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, em 29.10.2013. Discutia-se o princípio do *ne bis in idem* na cobrança de alvará de funcionamento mensal de um estabelecimento, quando havia também a cobrança de alvará de funcionamento anual. A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau reconheceu a ilegalidade da taxa referente ao alvará mensal, tendo concluído que esta possui o mesmo fato gerador da exigida pelo alvará anual, qual seja, o exercício do poder de polícia. Aduziu ainda que o Estado não foi capaz de demonstrar a diferença entre as atividades de fiscalização exercidas no caso de concessão de Alvará Mensal e Alvará Anual. Tal decisão foi mantida pelo STF.

<sup>415</sup> Impostos e contribuições sociais, por exemplo.

<sup>416</sup> Como ocorre nos casos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

<sup>417</sup> “Aliás, o sistema brasileiro é pródigo em exemplos de tributos idênticos em sua essência (estamos nos referindo à hipótese de incidência e base de cálculo como elementos definidores da identidade) cuja instituição e cobrança se entende absolutamente regular, como v.g. o PIS e a CONFINS, o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.” GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 53 e 54.



As situações de dupla tributação podem estar relacionadas à dupla tributação *jurídica* – sob o mesmo fato tributário (idêntico quanto ao objeto, ao sujeito, ao período tributário e ao imposto) recai dupla incidência fiscal<sup>418</sup> – ou à dupla tributação *econômica*<sup>419</sup> (em que o fato tributário não é idêntico quanto ao sujeito, havendo diversidade de sujeitos).<sup>420</sup>

“A incidência dupla ou múltipla, que chamamos *coincidência*, não é vedada por regra geral, *nem – veja-se – admitida por regra geral*”<sup>421</sup>. Daí se entende que, (i) se, por um lado, os entes com poderes constitucionais explícitos *podem* cobrar tributo em duplicidade ou multiplicidade, (ii) por outro, os entes sem poderes constitucionais explícitos *não podem* cobrar tributos em duplicidade ou multiplicidade, “por se entender que o exercício de tal parcela de poder ou já foi outorgado, exercido e esgotado por outro Poder (ou pelo mesmo) ou foi negado, genericamente, a todos”<sup>422</sup>.

Para finalizar, registre-se que há referência ao *ne bis in idem* no âmbito do direito tributário em discussões que atravessam o próprio (e matemático) cálculo do tributo. Veja-se por exemplo o Recurso Extraordinário n. 582.461/SP, que contou com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e que discute a violação do *ne bis in idem* no método de cálculo do ICMS, em que se inclui o montante do imposto em sua própria base de cálculo.

### 2.6.3 *Bis* no âmbito interno do direito do trabalho

No âmbito do direito do trabalho também há o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* – que, nessa área do direito, costuma ser tratado por *non bis in idem*. A adoção do princípio, nessa instância, guarda relação com o poder diretivo-disciplinar patronal, que se desdobra em um *poder punitivo* por parte do

---

<sup>418</sup> Ademais, a dupla tributação jurídica pode ocorrer *verticalmente* (quando há pluralidade de titulares do poder tributário: União, estados federados, etc) ou *horizontalmente* (por razões da própria estruturação do sistema fiscal ou de técnica tributária, entre as quais se contam as que se prendem com a autonomia financeira dos diversos níveis da atual descentralização administrativa (autarquias locais e municípios) a reclamar a consignação de determinadas receitas fiscais.

<sup>419</sup> Exemplo disso são os casos em que há, em alguns países, a tributação dos lucros distribuídos, tributados enquanto lucros da sociedade e enquanto dividendos dos sócios.

<sup>420</sup> NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 511.

<sup>421</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 54.

<sup>422</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 55.

empregador em face do empregado – afinal, o contrato de trabalho não apenas *admite*, como *pressupõe* a desigualdade entre as partes e, conseqüentemente, a subordinação do empregado.

Se é verdade que pode o empregador punir o empregado, também é verdade que tal punição é limitada. Um dos limites é estabelecido pelo *critério da singularidade da punição*, ou seja, pela ausência de duplicidade punitiva<sup>423</sup>. “Por tal critério, não pode o empregador aplicar mais de uma pena em função de uma única falta cometida.<sup>424</sup>”

Interessante perceber que a mencionada limitação, no âmbito do direito do trabalho, guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem* no âmbito do direito penal: impossibilidade de duplicidade sancionatória. Mas também no direito do trabalho há a consideração da vertente processual, ou seja, da impossibilidade de rediscutir sancionamento já anteriormente imposto.

“Ao critério anterior (*singularidade punitiva*) associa-se, em geral, o critério da *inalteração da punição*.”<sup>425</sup> Assim, no direito do trabalho (também) a punição perpetrada tem de ser definitiva, não podendo ser modificada. Significa dizer que se um empregador aplicou suspensão disciplinar e, posteriormente, reavaliando a mesma falta, concluiu que era caso de ruptura contratual por justa causa, já não mais poderá romper o contratado – posto que a pena anteriormente imposta adquiriu *status* de definitiva.

A *inalteração da punição* caminha de mãos dadas, porém, com o princípio do *non reformatio in pejus*. Tanto assim que, se a modificação ocorrer com o intuito de favorecer o trabalhador – substituição de uma suspensão contratual por uma advertência escrita, por exemplo –, será válida.

---

<sup>423</sup> O Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconhece expressamente e de modo unânime o princípio do *non bis in idem* e a singularidade punitiva. Este é, aliás, um dos critérios que deve ser observado em todos os casos de dispensa por justa causa. Segundo o TST, “a dispensa por justa causa é modalidade de extinção contratual por infração obreira apta a quebrar a fúducia necessária para a continuidade do vínculo de emprego. Portanto, para a sua caracterização, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) tipicidade da conduta; b) autoria obreira da infração; c) dolo ou culpa do infrator; d) nexu de causalidade; e) adequação e proporcionalidade; f) imediatividade da punição; g) ausência de perdão tácito; h) singularidade da punição (“*non bis in idem*”); i) caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades”. TST, Processo AIRR 11630-31.2017.5.03.0137, 3ª Turma, Publicação em 26.06.2020.

<sup>424</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 1420. O autor segue esclarecendo que “mesmo que se trate de um grupo de faltas, mas tendo uma unidade em seu cometimento (ilustrativamente, o empregado danifica uma máquina e, no mesmo instante, ofende sua chefia imediata), a punição tem de ser unitária.

<sup>425</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 1420

Nas palavras de GIGLIO, se fosse possível reconsiderar a penalidade – seja para agravá-la, seja para repeti-la – estaria gravemente violada a estabilidade nas relações empregatícias, vez que o empregador gozaria de um poder ditatorial, ameaçando seus empregados constantemente com uma repetição ou agravamento de pena, no momento e da forma que melhor lhe aprouvesse, mantendo os trabalhadores na permanente angústia da incerteza<sup>426</sup>.

#### 2.6.4 *Bis* no âmbito interno do direito processual civil

Também no âmbito do direito processual civil – e do próprio direito civil – há observância do princípio do *ne bis in idem*. Há que se recordar, aliás, que a origem do princípio está relacionada a tais instâncias, posto que nos textos romanos havia, como visto, a menção ao *bis de eadem re ne sit actio*, princípio relacionado à boa-fé em ações de natureza civil (contratual): a mesma coisa não pode ser exigida duas vezes (ou dar origem a duas distintas ações)<sup>427</sup>.

No direito processual civil o *ne bis in idem* guarda relação com a ideia de *segurança jurídica* e de *utilidade do processo*. Eis por que o art. 337, em seus parágrafos 1º e 2º, estabelece que “verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”, sendo que “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Nesse ponto, há proximidade com a vertente processual do *ne bis in idem*, no sentido de se (diretamente) evitar um *duplo processamento*. Assim, a um, serve de defesa para o próprio demandado (art. 337, VI e VII, CPC<sup>428</sup>). A dois, impede a existência de decisões conflitantes em processos distintos. Ambas as situações caminham de mãos dadas com a *segurança jurídica*. A três, impede a existência de processo *inútil* – que servirá de nada, eis que a decisão já fora anteriormente discutida e decidida em processo distinto.

Eis, ainda, por que o art. 502 do Código de Processo Civil define a coisa julgada como uma “autoridade”, sendo “autoridade a força que qualifica uma

---

<sup>426</sup> GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1994, p. 20.

<sup>427</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 46.

<sup>428</sup> “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar litispendência ou coisa julgada”.

decisão como obrigatória e definitiva”<sup>429</sup>, sendo possível concluir que a decisão se torna indiscutível e imutável<sup>430</sup>.

Leia-se: a indiscutibilidade *impede que a mesma questão seja decidida novamente* – e a tal consequência se dá o nome de efeito negativo da coisa julgada. “Se a questão decidida for posta novamente para a apreciação jurisdicional, a parte poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada sobre o assunto, a impedir o reexame do que fora decidido”<sup>431</sup>.

Já no direito civil há também o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem*, não obstante a doutrina civilista não preste a mesma deferência ao tema como faz, por exemplo, a doutrina penalista. Breve consulta à jurisprudência dos Tribunais Superiores, porém, permite concluir que o princípio é observado e citado com frequência.

Para ficar em breves exemplos, veja-se, inicialmente, a discussão sobre a possibilidade de cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, advindos do mesmo fato ilícito, que redundou na súmula n. 387 do STJ. No caso, houve o *afastamento* do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que as indenizações, não obstante resultantes do mesmo fato, tinham razões e pretensões distintas. No mesmo sentido, a súmula n. 37, do STJ, que permite a cumulação entre indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Ainda, registre-se decisão em que o Superior Tribunal de Justiça *acolheu* o princípio e impediu a cobrança de avaliação do bem, por parte da instituição financeira, em situação em que a avaliação do bem é inerente ao negócio jurídico de compra a venda e, portanto, está embutida no preço, “sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa”<sup>432</sup>.

Ainda, caso em que se discutia a necessidade de pagamento de direitos autorais por utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos

---

<sup>429</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 513.

<sup>430</sup> Importante apenas ressaltar que a coisa julgada torna indiscutível a decisão e não os efeitos da decisão. Ou seja, a coisa julgada torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta definida na decisão judicial. Para aprofundamento no tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. Não se ignora, ademais, a possibilidade de *revisão* da coisa julgada. Tal tema pode ser aprofundado na obra: TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>431</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 514.

<sup>432</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1578553/SP, Segunda Seção, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 06.12.2018.

promovidos por entidade recreativa (Clube): entendeu o Superior Tribunal de Justiça que “não há que se falar em duplicidade de cobrança de direitos autorais (*bis in idem*) se os fatos geradores são distintos: (i) contribuição mensal despendida pelo clube que se refere à sonorização musical contínua de seus ambientes (como piscinas, bares e restaurantes) e (ii) contribuição sobre eventos especiais, não abrangidos pela mencionada mensalidade, como festas carnavalescas.

Portanto, o direito civil e processual civil, em seu âmbito interno, também reconhecem e aplicam o princípio do *ne bis in idem*.

### 2.6.5 *Bis* no âmbito interno do direito administrativo

Por fim, há que se considerar que no âmbito interno do direito administrativo também se reconhece o princípio do *ne bis in idem*. Há observância ao princípio no direito administrativo como um todo – basta pensar em exemplos bastante simplistas como a cobrança de taxas de fiscalização pelo IBAMA ou taxas de licença e funcionamento para estabelecimentos, que serão cobradas uma vez e, pagas, não podem ensejar nova cobrança –, mas o principal enfoque guarda relação com o direito administrativo em seu(s) caráter(es) sancionador(es).

O direito administrativo se revela *sancionador* – como visto no primeiro Capítulo - em diferentes contextos. Há, inicialmente, possibilidade de pensar as sanções administrativas quando relacionadas ao exercício do poder de polícia (administrativa)<sup>433</sup>. O poder de polícia decorre da supremacia do interesse público sobre o privado<sup>434</sup>, porém, sob pena de sujeitar a própria coletividade às

---

<sup>433</sup> Entende o Supremo Tribunal Federal que “o poder de polícia administrativa se manifesta tanto preventiva quanto repressivamente, traduzindo-se ora no consentimento prévio pela Administração Pública para o exercício regular de certas liberdades, ora no sancionamento do particular em razão do descumprimento de regras materiais aplicáveis à atividade regulada. Em qualquer caso, a ingerência estatal (fiscalizatória e punitiva) exsurge como garantia da efetividade da disciplina jurídica aplicável”. STF, ADI 4.679, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 04.04.2018.

<sup>434</sup> Conforme estabelece o art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN): “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo

arbitrariedades da Administração, tal poder não pode ser exercido de forma ilimitada. Eis por que as sanções impostas pelo poder de polícia estão sujeitas ao princípio da legalidade, da anterioridade, da proporcionalidade e, conseqüentemente, do *ne bis in idem*.

Exemplos de sanções decorrentes do poder de polícia administrativa são as multas impostas no trânsito (ou mesmo a suspensão/cassação da carteira de motorista), as multas impostas por violações ao meio ambiente pelas pessoas físicas ou jurídicas, as multas ou suspensões na atividade aplicadas em decorrência de violações às medidas sanitárias, etc. Veja-se que tais sanções estão previamente cominadas e a prática da conduta violadora da lei autoriza suas imposições. Porém, imposta a sanção ao particular, não pode haver nova imposição sancionatória com base na mesma conduta já sancionada<sup>435</sup>.

Nesse sentido, OSÓRIO, em obra sobre o direito administrativo sancionador (brasileiro), ao aduzir que o *ne bis in idem* – bem como o próprio princípio da legalidade – tem função “mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento da outra; de uma sanção que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção”<sup>436</sup>.

Ainda, MUNHOZ DE MELLO ao registrar que o *ne bis in idem* impede a Administração Pública de “impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira (sanção)”<sup>437</sup>.

---

legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

<sup>435</sup> Não obstante o princípio do *ne bis in idem* seja reconhecido de forma majoritária pela doutrina e seja encontrado implicitamente nas regras constitucionais e legais, a jurisprudência, por vezes, acaba por violá-lo. É o caso ilustrativo do RESP n. 1132682, julgado pelo STJ, Segunda Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, Dje 12.03.2020, no qual se decidiu que a sanção ambiental imposta – pelo mesmo fato (derramamento de óleo na Baía de Ilha Grande) – pelos estados, municípios ou pelo Distrito Federal substitui a multa imposta pela União, mas a multa estabelecida pela União não veda a imposição de multa pelo município – contrariando a decisão imposta em primeiro instância e mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negaram tal possibilidade com base no *ne bis in idem*. Ou seja, na prática, a decisão do STJ significa que a pessoa física ou jurídica (no caso julgado, tratava-se da Petrobrás/Transpetro), mesmo já tendo recebido punição administrativa-ambiental através de multa imposta pela União, pode ser novamente (dupla, triplamente...) apenada por outras esferas administrativas (Estados e Municípios...).

<sup>436</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 271.

<sup>437</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 210. O autor, páginas adiante (p. 212), esclarece que “o princípio do *non bis in idem*, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. (...) O legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo a sua aplicação ofensiva ao princípio do *non bis in idem*”. Tal discussão se assemelha

Há, ademais e como visto, o poder administrativo sancionador *judicializado*, como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção<sup>438</sup>.

Nesse ponto, percebe-se que os estudiosos do direito administrativo compartilham das preocupações externalizadas pelos estudiosos do direito penal.

Embora seja um princípio reconhecidamente de origem constitucional, o *non bis in idem* vive uma crise no Direito Administrativo Sancionador à medida que hoje vigora uma verdadeira profusão de competências no âmbito das esferas administrativas, em que diversos entes são pretensamente competentes para julgar fatos idênticos envolvendo os mesmos agentes, ensejando inúmeras decisões com as mesmas sanções apenas acumuladas, agravando desmedidamente a condição do agente apenado.<sup>439</sup>

Como proposta de solução à preocupação aventada, a doutrina administrativista aponta para a necessidade de reconhecimento de que o Estado é uno – apenas tripartido em funções e competências, mas uno –, com a consequente compatibilização das decisões administrativas e judiciais. Dentro dessa proposta, “a medida mais sensata seria uma unificação dos processos administrativos, ou ao menos uma interlocução sistematizada e frequente entre as diversas esferas supostamente competentes para julgar os mesmos agentes pelos mesmos fatos.”<sup>440</sup>

Recentemente foi promulgada a Lei n. 13.655/2018, que incluiu normas de direito público no Decreto-lei n. 4.657/1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil e atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Dentre as mudanças operadas pela tal Lei, destaca-se – para o presente estudo – o § 3º do art. 22.

---

àquela que foi travada no início do item 2.10.1 a respeito da previsão, pelo legislador, de mais de uma sanção penal (pena privativa de liberdade e multa, por exemplo) no mesmo preceito secundário. Na oportunidade, conclui-se que tal possibilidade não viola o *ne bis in idem*, posto que foi um conjunto sancionatório pensado *ex ante* pelo legislador e que, por isso, respeita a legalidade, a anterioridade, a previsibilidade e a proporcionalidade.

<sup>438</sup> O tema já foi abordado no primeiro Capítulo, especificamente no item 1.4.2.

<sup>439</sup> CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “*non bis in idem*” no Direito Administrativo Sancionador. In: *Direito Administrativo Sancionador: estudos me homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 291 e 292.

<sup>440</sup> CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “*non bis in idem*” no Direito Administrativo Sancionador. In: *Direito Administrativo Sancionador: estudos me homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 292.

Tal parágrafo, inserido em dispositivo que trata de normas sobre gestão pública, conta com a seguinte redação: “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Depreende-se, da leitura de tal redação, uma preocupação legislativa quanto à vertente material do *ne bis in idem* e um (provável) desprezo à vertente processual do mesmo princípio. Explica-se. Se, por um lado, o legislador expressamente revelou preocupação com a duplicidade *sancionatória* ao prever que uma sanção aplicada ao agente deverá ser “levada em conta” – leia-se: considerada – quando advier a imposição de uma nova sanção pelo mesmo fato, por outro lado, reconheceu/legitimou, implicitamente, a possibilidade de dupla *persecução* pelo mesmo fato.

De qualquer modo, fato é que a (indevida) duplicidade de persecução é uma realidade no direito administrativo sancionador. Se o legislador apenas *reconheceu/constatou* tal realidade quando da redação legislativa ou se efetivamente – e propositadamente – *legitimou* a duplicidade sancionatória, não há como ter certeza. A certeza está na (acertada) preocupação legislativa de compatibilizar as *sanções plurais* que advém dos processos plurais, expressamente aduzindo que uma seja “levada em conta” na dosimetria da outra.

Por fim, há, ainda dentro do direito administrativo e sua face sancionadora, o direito administrativo disciplinar, que, como também visto no Capítulo 01, permite e impõe à Administração Pública apurar infrações e impor penalidades àqueles que estão num regime de *sujeição especial* com a Administração.

Exemplos de poder disciplinar são amplamente previstos na Lei n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), mais especificamente no art. 128, bem como na Lei n. 4.878/1965 (Estatuto dos Funcionários Policiais Civis da União e do Distrito Federal), especialmente nos arts. 44 e seguintes.

Ao presente estudo, interessa verificar que tais sanções estão subordinadas ao princípio do *ne bis in idem*, inclusive com a súmula 19, do Supremo Tribunal Federal, expressamente afirmando que “é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> A decisão que fundamentou a edição da súmula 19 foi proferida no âmbito do julgamento do RMS 8048, em 26 de abril de 1962, sob relatoria do Min. Victor Nunes. Entendeu o Min. que



Não obstante a súmula pareça sepultar qualquer possível discussão no âmbito disciplinar, a realidade não confirma tal impressão – e revela que, também nesse campo, o princípio do *ne bis in idem* precisa ser estudado de modo mais aprofundado.

A súmula 19 foi baseada em caso paradigmático julgado em 1962, em que o Estado pretendeu impor, no âmbito *de um mesmo processo disciplinar*, duas sanções distintas: inicialmente impôs pena de *disponibilidade* e, depois, no bojo dos mesmos autos de processo administrativo (já encerrado), impôs pena de *demissão* ao funcionário público. O Supremo Tribunal Federal concluiu se tratar de evidente caso de *bis in idem*.

Já em 2017, em caso midiaticamente conhecido, o (na ocasião, já ex) Senador da República Demóstenes Torres ajuizou mandado de segurança (MS n. 32788/GO) junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>442</sup>, alegando que já havia sido submetido a processo administrativo disciplinar junto ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal – no qual foi condenado por quebra de decoro parlamentar e sancionado com a perda do mandato de Senador da República –, e que estava *novamente* sendo submetido, *pelos mesmos fatos*, a (novo) processo administrativo disciplinar, agora junto ao Conselho Nacional do Ministério Público<sup>443</sup>.

O relator do referido caso, Min. Gilmar Mendes, afirmou que a súmula 19 foi editada em caso que analisava o *duplo sancionamento dentro do mesmo processo administrativo disciplinar*, o que não era o caso de Demóstenes Torres. Em seu voto, aduziu o Min. relator que a tradição do sistema brasileiro tem admitido, portanto, em circunstâncias excepcionais, a possibilidade de aplicação de sanções a acusado submetido a processos administrativos distintos que tratam do mesmo fato e que “não se verifica, a rigor, uma estrita aderência à tese

---

“depois de aplicada a pena de disponibilidade, prevista no Estatuto dos Funcionários Municipais, e de julgada válida pela Justiça, não pode a autoridade pública, com base no mesmo inquérito, aplicar ao funcionário público a pena de demissão, pois, tendo sido encarregado aquele processo, a nova penalidade foi aplicada sem processo algum”. No específico caso, o que ocorreu, portanto, é que o Estado aplicou inicialmente a sanção de disponibilidade e, depois, no mesmo processo (já encerrado), aplicou a sanção de demissão. O Min. Relator entendeu que não era possível, tratando-se de autêntico *bis in idem*.

<sup>442</sup> STF, MS n. 32788/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 05.12.2017 e publicação em 20.03.2018.

<sup>443</sup> Não será trazido ao debate – por fugir do tema central do presente estudo – outro ponto que parece relevante, no caso em apreço: o fato de que o acusado estava *licenciado* do Ministério Público no período em que ocorreram os fatos, justamente para poder exercer o cargo de Senador da República.

de que seria inviável a aplicação de mais de uma sanção pelos mesmos fatos praticados”<sup>444</sup>.

Não obstante o reconhecimento expresso pelo STF de que se tratava *dos mesmos fatos*, concluiu a Corte que não havia, no caso de Demóstenes Torres, ofensa ao *bis in idem* na existência de *dois distintos processos administrativos disciplinares*, com duas (possíveis) distintas sanções. “Os critérios que conduzem à conclusão pela viabilidade da aplicação de sanções cumulativas, nessa hipótese, é a diversidade de instâncias, de fundamentação e de função sancionatória.<sup>445</sup>” Isso porque, confrontando os arcabouços legislativos do Ministério Público e do Senado Federal, concluiu-se que, não obstante ambos se revistam de natureza administrativa-sancionadora-disciplinar, “os fins das normas em questão, muito embora análogos, direcionam à tutela de atividades, funções e responsabilidades que não se confundem”.

Ainda no âmbito do mesmo voto e por fim, consigna o Ministro Gilmar Mendes que é viável a sistematização da matéria no sentido de reconhecer a exigência de três requisitos para a aplicação do princípio *ne bis in idem*: (i) uma mesma conduta a constituir o objeto de mais de uma persecução de natureza sancionatória, (ii) identidade subjetiva e (iii) identidade teleológica da norma sancionadora. “Evidentemente”, prossegue o Ministro, “os requisitos mencionados devem submeter-se ao crivo dos princípios constitucionais aplicáveis que fundamentam o *non bis in idem*, notadamente, devido processo legal, tipicidade, legalidade e, ainda, princípio da proporcionalidade”.

## 2.7 BIS ENTRE INSTÂNCIAS INDEPENDENTES

---

<sup>444</sup> Ainda quanto ao tema, foram registrados precedentes nesse sentido, como o Recurso Extraordinário n. 120.570, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, em que restou consignado que “a prisão disciplinar imposta ao recorrente por um fato determinado não impede que o mesmo fato se some a faltas antecedentes para lastrear a afirmação de sua incapacidade para a função militar e determinar a sanção final de exclusão. Para a incidência da orientação assentada na súmula 19 é necessário – como resulta do precedente que a lastreia (RMS 8.084, 31.1.62, Victor Nunes) – que as duas punições sucessivas sejam impostas no mesmo processo administrativo.

<sup>445</sup> Sobre o tema, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido – seguindo essa mesma lógica - a competência de processamento e sancionamento pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo da Administração Pública (art. 71, CF/88), independentemente da atividade fiscalizadora interna de órgãos do Executivo (art. 74, CF/88). Entende o STF que “a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional”. (PET – AgR n. 3.606, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Dj. 27.10.2006).

Visto que o princípio do *ne bis in idem* é reconhecido no âmbito interno de cada *área* do direito – ou, noutras palavras, em cada *instância* do direito–, há que se analisar, porque essencial ao presente estudo, como (tradicionalmente) se compreende a adoção do *ne bis in idem entre diferentes instâncias*.

É possível processar alguém, pelo mesmo fato, por mais de uma vez, através de ramos distintos do direito? É possível coexistir ilícitos advindos de instâncias distintas, sem que isso viole o princípio do *ne bis in idem*? É possível *cumular* sanções em face de alguém, pela prática do mesmo fato, através de instâncias diferentes do direito?

Inicialmente, importa direcionar os olhares ao próprio trato legislativo da matéria.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em distintos dispositivos, a possibilidade de múltipla persecução e punição. Veja-se, por exemplo<sup>446</sup>, que no art. 225, §3º, há previsão de tríplice persecução/sancionamento no que refere aos ilícitos ambientais. “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Ainda, no art. 37, §4º, a Constituição prevê cumulação de sanções – advindas de instâncias distintas – quando da prática de atos de improbidade administrativa. “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.”

Já a legislação infraconstitucional é repleta de previsões que homenageiam a independência entre as instâncias e a possibilidade de cumular responsabilidades advindas de um mesmo fato<sup>447</sup>.

---

<sup>446</sup> O presente trabalho não se ocupará de elencar, exaustivamente, todos os exemplos em que a Constituição Federal revela a independência entre as instâncias ou permite a cumulação de sanções de naturezas distintas. Registre-se, além dos exemplos citados, que há outros, como o art. 236, §1º, que estabelece que “a Lei regulará as atividades, disciplinará a *responsabilidade civil e criminal* dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos (...)”.

<sup>447</sup> O presente trabalho não se ocupará, tampouco, de elencar, exaustivamente, todos os exemplos em que a legislação infraconstitucional revela a independência entre as instâncias ou permite a cumulação de sanções de naturezas distintas. Registre-se, além dos exemplos mencionados no corpo do texto, por exemplo, o Decreto-Lei n. 25 de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que, em seu art. 15, §3º, dispõe que “a pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os

A Lei n. 8.112/1990, que traz regramento atinente aos servidores públicos, em seu art. 121, estabelece expressamente que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”. Já no art. 125, também de modo direto, registra que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

A Lei n. 8.429/1992, legislação relacionada aos atos de improbidade administrativa (LIA), através de redação dada pela Lei n. 12.120/2009, define, em seu art. 12, que independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito (ainda) a outras sanções – como multa civil, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, etc. –, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

A Lei n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, prevê já em seu art. 1º que tal legislação “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” e, em seguida, no art. 3º, ainda esclarece que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de dirigentes e administradores.

A Lei n. 8.078/1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, estabelece, em seu art. 56, ao trazer um rol de sanções administrativas, que as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às tais sanções, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

Do mesmo modo, a Lei n. 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, registra, em seu art. 256, §1º, que a autoridade de trânsito, na esfera da própria competência e circunscrição, deverá aplicar às infrações as penalidades previstas, sem que isso elida as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito.

A recentemente promulgada Lei n. 13.964/2019, legislação que ficou conhecida como *pacote anticrime* e que promove alterações na legislação penal e processual penal, também evidenciou a independência entre as instâncias e a possibilidade de aplicação de sanções advindas de âmbitos distintos. Veja-se,

---

parágrafos anteriores, incorrerá nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando”.

por exemplo, a nova redação do art. 52 da Lei de Execução Penal, que afirma que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso ao regime disciplinar diferenciado, sem prejuízo da sanção penal.

Também a Lei n. 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, expressamente reconhece, em seu art. 6º, que as penas previstas na referida legislação serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Portanto, as regras constitucionais e infraconstitucionais não divergem sobre a independência entre as instâncias e, especialmente, sobre a possibilidade de um mesmo fato gerar processos e sanções múltiplas, através justamente da incidência de ramos distintos do direito.

A doutrina tradicionalmente se posicionou – e se posiciona – nesse mesmo sentido. A *independência entre as instâncias* se tornou uma espécie de mito, de mantra, dito e repetido à exaustão.

O Direito, como ciência cultural que é, elabora, organiza e estabelece conceitos que, muitas vezes, com o passar do tempo, atingem o *status* de “*entidades sacras*” cuja simples evocação constitui afirmação incontestada da “verdade”. Tais conceitos, sem qualquer questionamento acerca de seu significado ou de sua correção, adquirem caráter mítico, travestindo-se em verdades absolutas, inatacáveis, sob o discurso de ameaça da desestruturação do próprio Direito<sup>448</sup>.

Assim, a (parcela mais tradicional da) doutrina<sup>449</sup>, aparentemente de modo pouco refletido, ecoa a independência entre as instâncias. Entende-se,

<sup>448</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 412.

<sup>449</sup> Há, nesse sentido, uma resistência à ideia da unicidade do direito e, especialmente, do *ius puniendi*. Alejandro Nieto García, na Espanha, por exemplo, censura a ideia ao aduzir que “o direito administrativo está diretamente vinculado ao direito público, não se caracterizando como um ‘direito penal envergonhado’”. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. rev. Madrid: Tecnos, 2008, p. 23. Ainda, Pablo Rando Casermeiro, ao afirmar que “tampouco parece correto (...) assumir uma atitude radicalmente unificadora de ambos [penal e administrativo] setores do ordenamento”. CASERMEIRO, Pablo Rando. *La distinción entre El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 51. Nesse sentido, também e expressamente, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, ao aduzir que “um mesmo fato pode caracterizar ilícito penal, administrativo e civil, e, portanto, pode desencadear responsabilização nas três instâncias concomitantemente e de modo independente. O indivíduo pode ser absolvido em uma instância e ser condenado em outra, pois, em regra, as instâncias de responsabilidade são independentes. Trata-se do princípio da independência das instâncias”. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, 2018, p. 01. No mesmo sentido, Daniel Ferreira, ao aduzir que não existe proibição constitucional ou legal de se impor, cumulativamente,

basicamente, que a origem da responsabilidade está na prática de determinada conduta – no plano fático –, que posteriormente se amoldará a (distintas) legislações, de modo que a mesma conduta pode caracterizar – de forma concomitante e independente – um ilícito penal, um ilícito civil e/ou um ilícito administrativo<sup>450</sup>.

Da mesma maneira, basta breve consulta junto aos tribunais brasileiros para notar firme – e extensa – jurisprudência no sentido de as instâncias serem independentes e autônomas.

Interessante notar que, quando do julgamento de casos que envolvem processos e punições múltiplas, advindas de distintas instâncias, os tribunais sequer se aprofundam no tema. Há, como dito, a repetição de uma espécie de *mantra*. O Supremo Tribunal Federal<sup>451</sup>, por exemplo, quando provocado sobre o tema<sup>452</sup>, decide sem maiores aprofundamentos, registrando na ementa o “prestígio à regra da independência e autonomia entre as instâncias” e, no corpo do acórdão, a “inconteste independência entre as instâncias”<sup>453</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça vai na mesma linha. Reiteradamente entende pela “autonomia e independência entre as esferas civil, penal e administrativa”. Como consequência de tal compreensão, entende, ilustrativamente, que “eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera

---

consequências restritivas de direito a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas”. FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133. Também Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, administrativistas, ao aduzir que “pode ocorrer (...) que uma mesma conduta seja configurada, em diferentes legislações, como infração disciplinar, ilícito civil ou administrativo e também ilícito penal. Pode perfeitamente ocorrer que alguém seja condenado na Justiça Civil pelo cometimento de ato de improbidade administrativa mas seja absolvido perante a Justiça Criminal (...) dada a independência das instâncias (...)”. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 194.

<sup>450</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 574.

<sup>451</sup> A independência entre as instâncias é entendimento pacífico na jurisprudência do STF, vide RMS 28.919 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 11/02/2015; AI 681487 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 31/01/2013; MS 22899 AgR, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2003.

<sup>452</sup> Nesse caso, a defesa questionava a (in)compatibilidade da manutenção da condenação penal diante de uma absolvição – pelos mesmos fatos – no âmbito de ação civil pública. Naturalmente, não se está a analisar o acerto/equívoco da decisão, mas apenas se está a constatar que não há real enfrentamento da tese, limitando-se a mais alta Corte do país a repetir o *mantra pelo mantra* – como se fosse autossustentável e autoexplicativo (utilizando, inclusive, nesse mesmo voto, a palavra “inconteste” para referir à autonomia e independência entre as instâncias).

<sup>453</sup> STF, RHC 173224 AgR/PR, Segunda Turma, Min. Rel. Edson Fachin, DJe 27.02.2020.

civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal”<sup>454</sup>, “o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos”<sup>455</sup>, “as alterações promovidas na Lei civil não induzem a descriminalização de conduta tida como típica na seara penal”<sup>456</sup>, “a extinção do crédito tributário não induz, necessariamente, isenção da responsabilidade penal”<sup>457</sup>, “a decisão penal extintiva de punibilidade pela prescrição em nada afetará eventuais discussões que estejam em curso no âmbito cível, competindo àquele juízo formular livremente a sua convicção”<sup>458</sup>, “a previsão estatutária de sanções disciplinares ao advogado não obsta seja condenado e sancionado também pelo cometimento de improbidade administrativa”<sup>459</sup>, dentre tantos outros julgados que consideram o tema.

Não obstante a repetição – muitas vezes irrefletida – do mantra da independência entre as instâncias, há que se reconhecer que legislação, doutrina e jurisprudência se curvam ao fato de que tal independência não é – e não pode ser – *absoluta*.

## 2.8 A INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS (DISTINTAS) INSTÂNCIAS

Mesmo tradicionalmente compreendidas como *independentes*, as instâncias devem ser – no mínimo e em nome de um Estado harmônico (ou, diga-se claramente, *não esclerosado*) – *coerentes* entre si. Eis a razão de se haver reconhecido que a independência entre as instâncias é *relativa*, *não absoluta*<sup>460</sup>.

<sup>454</sup> STJ, HC 503954/SP, Quinta Turma, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, DJe 25.06.2020; STJ, AgRg no HC 509346/RN, Sexta Turma, Min. Rel. Nefi Cordeiro, DJe 22.06.2020; STJ, HC 306865/AM, Quinta Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, DJe 17.10.2017.

<sup>455</sup> STJ, MS 19779/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15.12.2017; STJ AgInt no RMS 53362/MT, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJe 19.04.2018; MS 19779/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15.12.2017.

<sup>456</sup> STJ, AgRg no AREsp 1345660/RS, Quinta Turma, Min. Rel. Jorge Mussi, DJe 25.08.2020.

<sup>457</sup> STJ, AgRg no RHC 125312/RS, Quinta Turma, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 12.06.2020.

<sup>458</sup> STJ, AgRg no AREsp 1397738/RS, Sexta Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, DJe 25.10.2019.

<sup>459</sup> STJ, AREsp 1238100/MG, Segunda Turma, Min. Rel. Francisco Falcão, DJe 26.03.2019.

<sup>460</sup> “A comunicabilidade de instâncias ou interdependência dos juízos administrativo e penal é da mais alta importância, devendo, entretanto, entender-se em seus justos termos. Não deve tal interdependência ocorrer sempre, como também a teoria da independência das jurisdições será compreendida nos casos particulares em que se verifica. O pronunciamento de autoridade do Estado, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário, deve ser, de preferência, uniforme, para que a diversidade de decisões não concorresse para o desprestígio de um dos Poderes e, em última análise, do próprio Estado.” CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença

Nesse ponto, convém esclarecer que o princípio que determina a separação entre os poderes não detém, hoje, o rigor da concepção original de Montesquieu, que buscava essencialmente a *limitação* de um poder pelo outro. No constitucionalismo moderno – e com a ampliação das atividades estatais, que impôs novas formas de inter-relação entre os poderes, de modo a estabelecer uma *colaboração recíproca* - tal postulado é compreendido sob a ótica da *harmonização* entre os poderes, ainda através da ideia do sistema de freios e contrapesos. Assim, tampouco a separação entre os poderes é *absoluta*, mas *relativa*.<sup>461/462</sup>

A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>463</sup>

Portanto, o julgamento em instâncias distintas pode (e deve) repercutir, em determinadas hipóteses e sob dadas circunstâncias, direta ou indiretamente,

---

penal na esfera administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*: n. 67, 1972, p. 135-160. No mesmo artigo, há citação de Melo Couto Anibal – do *texto Da responsabilidade do servidor público*, em RDA 37/510-511 – no que sentido de que “deve haver entre as instâncias um entendimento que permita alcançar a verdadeira justiça, o que nem sempre acontece quando se defende uma autonomia absoluta que só prevalece quando mal compreendida a independência das jurisdições.”.

<sup>461</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 259. “A doutrina liberal do início do século XIX preconizava uma rigorosa separação de funções a serem atribuídas com exclusividade a cada órgão da soberania. No entanto, esta rígida separação, diversamente da fórmula elaborada por Montesquieu, mostrou-se inadequada, sendo que atualmente a ideia de limitação da soberania por meio da repartição das competências distribuídas por diversos órgãos perdeu grande parte de seu valor. Hoje, o princípio não apresenta a mesma rigidez, e a ampliação das atividades estatais impôs novas formas de inter-relação entre os Poderes, de modo a estabelecer uma colaboração recíproca. Atualmente há uma tendência de considerar que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito, consistente na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados, no qual cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros”.

<sup>462</sup> Inocêncio Mártires COELHO pondera, inclusive, que a sobrevivência do princípio da separação dos poderes depende de sua reinterpretação de forma a “adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito”. COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134, Abril / Jun. 1997, p. 105.

<sup>463</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122.



nas demais órbitas<sup>464</sup>. Os pontos a seguir trabalhados apenas evidenciam que, sim, as instâncias estão – cada vez mais e de forma indissociável - *relacionadas*.

### 2.8.1 Sentença penal condenatória e reflexos nas demais instâncias

A primeira prova disso é a consequência – em outros ramos do direito – advinda da *condenação penal* transitada em julgado.

Veja-se, nesse ponto, que o art. 935 do Código Civil prevê, inicialmente, a independência da responsabilidade civil e criminal. Assim, é certo que há possibilidade, por exemplo, de ajuizamento de ação buscando a responsabilização civil independentemente de haver – ou não – o ajuizamento de ação discutindo a responsabilização penal. Porém, o mesmo artigo, na sequência, estabelece que não se pode questionar, no cível, sobre *a existência do fato* ou sobre *quem seja o seu autor*, quando tais questões se acharem decididas no juízo criminal<sup>465, 466</sup>.

Eis a razão do art. 91 do Código Penal prever, como efeito da condenação transitada em julgado, o dever de indenizar o dano causado pelo crime. Portanto, “a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível, valendo como título

---

<sup>464</sup> FERNANDES, André Dias. As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância. In: *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Jan./ Abril 2018, p. 348. v. 19.

<sup>465</sup> Sobre tal tema veja-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1829682/SP, Terceira Turma, Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 08.06.2020): “O artigo 935 do Código Civil adotou o sistema da independência entre as esferas cível e criminal, sendo possível a propositura de suas ações de forma separada. Tal independência é relativa, pois uma vez reconhecida a existência do fato e da autoria no juízo criminal, estas questões não poderão mais ser analisadas pelo juízo cível. A partir da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, é possível concluir que a) em caso de sentença condenatória com trânsito em julgado, há incontornável dever de indenizar, e b) em caso de sentença absolutória em virtude do reconhecimento de inexistência do fato, da negativa de autoria, não haverá dever de indenizar. Não havendo sentença condenatória com trânsito em julgado, deve-se avaliar os elementos de prova para aferir a responsabilidade do réu pela reparação do dano.”

<sup>466</sup> A Lei n. 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, estabelece o mesmo no art. 7º: “as responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.”

executivo”<sup>467</sup>. É, aliás, o que estabelece o art. 515, VI, do Código de Processo Civil<sup>468</sup> e o art. 63 do Código de Processo Penal<sup>469</sup>.

Assim, havendo decisão definitiva no âmbito penal sobre a existência do fato criminoso e sobre o seu autor, resta o âmbito cível *vinculado*. Significa dizer que o juízo cível não está autorizado a rediscutir tais questões – sob pena de violar a *harmonia* e a *coerência* entre as instâncias –, podendo apenas verificar o *quantum* indenizatório cabível em decorrência do ato criminoso<sup>470</sup>.

A sentença penal *condenatória* e *definitiva* também reflete na instância administrativa. Veja-se, inicialmente, que o art. 92 do Código Penal, que arrola os efeitos da condenação específicos – ou, noutras palavras, *não automáticos*<sup>471</sup>

---

<sup>467</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 918. Importa esclarecer que, no Brasil, o lesado pode pleitear reparação do dano no juízo cível, diretamente, ou através do juízo penal. A Lei n. 11.719/2008 inseriu a possibilidade de o juiz criminal determinar um valor *mínimo* de indenização na própria sentença penal condenatória, considerando os prejuízos sofridos pela vítima (art. 387, IV, CPP). A Lei n. 13.869/2019, que tratou dos crimes de abuso de autoridade, também possibilitou ao magistrado a fixação, na sentença, do valor *mínimo* para reparação dos danos suportados pelo ofendido (art. 4º, I). “Logo, podemos dizer que, no Brasil, as responsabilidades civil e penal são independentes, porém o juiz criminal pode fixar o valor mínimo de indenização, quando houver condenação, sem retirar da vítima o direito de pleitear quantia maior no juízo cível. Discute-se a legitimidade de o juiz criminal fixar um valor de indenização em contexto de condenação, sob o argumento de que o contraditório é desenvolvido sobre a culpa do acusado em relação ao fato criminoso, e não sobre o valor do dano causado. Entendemos que o valor mínimo indenizatório pode ser fixado pelo juiz criminal, desde que o titular da ação penal, ao produzir as provas de autoria e materialidade, também invoque os valores dos danos causados, a fim de dar ciência ampla da acusação ao réu e, assim, possibilitar uma efetiva defesa”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 1177. Nesse sentido, apenas a título exemplificativo dentre tantos precedentes, STJ, AgRg no REsp 1856026, Sexta Turma, Min. Rel. Nefi Cordeiro, DJe 22.06.2020: “A fixação de valor mínimo para reparação dos danos materiais causados pela infração exige, além de pedido expresso na inicial, a indicação de valor e instrução probatória específica.”.

<sup>468</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado.

<sup>469</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo Cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

<sup>470</sup> A ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pela infração penal denomina-se *ação civil ex delicto*. “Transitando em julgado e tornando-se, pois, definitiva, pode a sentença ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha a reparação do dano (art. 63, CPP). Não mais se discutirá se esta é devida (*an debeatur*), mas tão somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeatur*). Facilita-se o processo, impedindo-se o reinício da discussão, em torno da culpa, merecendo debate somente o valor da indenização, o que é justo, pois o retorno ao debate a respeito da ocorrência do crime ou não somente iria causar o desprestígio da Justiça”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 292.

<sup>471</sup> “Além daqueles efeitos que afetam indistintamente todos os crimes, existem outros efeitos específicos extrapenais da sentença penal condenatória que são reservados para casos específicos. Eles estão descritos no art. 92 do Código Penal. A incidência de tais efeitos extrapenais específicos depende de justificativa fundamentada da própria sentença que os determina. Ou seja, somente têm lugar esses efeitos quando declinados especificamente na sentença penal condenatória, desde que devidamente fundamentados pelo magistrado,

–, traz como possível consequência a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo<sup>472</sup>. Portanto, o próprio juízo penal pode, desde que de modo fundamentado, estabelecer efeitos que repercutirão no âmbito administrativo.

Ademais, nos casos de condenação criminal – que pressupõe o reconhecimento da existência do fato e da comprovação da autoria – “há repercussão na decisão administrativa *por proferir ou que já tenha sido proferida*: a decisão administrativa sobre os mesmos fatos tem de adequar-se à sentença condenatória transitada em julgado”<sup>473</sup>. A instância administrativa, portanto, se vê compelida a guardar consonância com o que restou decidido, de forma definitiva, na esfera criminal<sup>474</sup>.

Se é verdade que a *condenação penal definitiva* gera repercussões no âmbito civil e administrativo, há, por outro lado, os reflexos em instâncias diversas advindos também da *absolvição penal* transitada em julgado.

## 2.8.2 Sentença penal absolutória e reflexos nas demais instâncias

A primeira e necessária constatação é que a absolvição, no âmbito criminal, pode estar respaldada em *distintos motivos* (e, conseqüentemente, em *distintos incisos* da legislação penal). É que o art. 386 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte

---

conforme determina o art. 92, parágrafo único, do Código Penal.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1003.

<sup>472</sup> Existe a previsão da perda do cargo, função ou mandato públicos em duas distintas hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes em que o autor age com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (pense-se, por exemplo, em um crime de peculato ou de corrupção passiva) ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, independentemente da relação do crime com o cargo, função ou mandato públicos (pense-se, por exemplo, um político que comete um crime de feminicídio). Evidentemente, no primeiro caso, não se trata de perder qualquer cargo, função ou mandato, mas tão somente aquele em cujo exercício foi realizada a infração penal. Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 772 e BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1003.

<sup>473</sup> FERNANDES, André Dias. As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância. In: *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Jan./ Abr. 2018, p. 351. v. 19.

<sup>474</sup> Nesse sentido, se a decisão administrativa ainda estiver pendente, advirá em consonância com aquilo que restou decidido de forma definitiva na instância penal. Se acaso já tenha sido prolatada, há quem defenda que deva ser revista, também para que se mantenha a coerência. “Nessa hipótese a Administração não pode decidir de maneira diversa, ou seja, não pode absolver de faltas administrativas que, na esfera penal, tenham sido objeto de condenação pelos mesmos fatos”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1093. Essa última assertiva causa certo incômodo aos nossos olhos – viciados com o estudo do Direito Penal, que faz prevalecer a segurança jurídica ante à própria questão da justiça e inadmitir, por exemplo, revisão criminal em desfavor do condenado.

dispositiva” e, em seguida, traz sete distintas causas: 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 ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência e VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Entende-se que, a depender da causa, a absolvição penal definitiva pode ser *comunicável* ou *não comunicável* para as demais instâncias. Leia-se: pode ou não *vincular* as demais instâncias.

Não há maiores discussões quanto à comunicabilidade/vinculação das sentenças absolutórias que reconhecem a *inexistência do fato* (inciso I)<sup>475</sup> e a *não concorrência do autor para a prática criminosa* (inciso IV). É nesse sentido o art. 935 do Código Civil<sup>476</sup> e a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal<sup>477</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>478</sup>.

A razão, uma vez mais, passa pela manutenção da *coerência* entre as decisões estatais. Sentido algum há no Estado afirmar – através do juízo penal – que o fato inexistente ou que o sujeito não é o autor do fato, e, na porta ao lado, o mesmo Estado afirmar – agora através do âmbito cível ou administrativista –

---

<sup>475</sup> Art. 66 do CPP: 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.

<sup>476</sup> Art. 935 do CC: 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.

<sup>477</sup> Há amplo número de decisões reconhecendo que “há independência/autonomia entre as instâncias administrativa, civil e penal, excetuados os efeitos da decisão penal assentada na inexistência de autoria ou inexistência do próprio fato”. Nesse sentido os seguintes precedentes – não exaustivos – do Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança n. 21.310, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 11/03/1994; Mandado de Segurança n. 22.796, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 12.02.1999; Mandado de Segurança n. 22.534, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 10/09/1999; Mandado de Segurança n. 22.899, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 16/05/2003; Mandado de Segurança n. 22.155, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 24/11/2006; Recurso em Habeas Corpus n. 91.110, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 22/08/2008; MS 34.420-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe 28/11/2014.

<sup>478</sup> STJ, REsp 1.103.011/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 20/05/2009; RMS 32.319/GO, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/09/2016; REsp 1.344.199/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2017; AgInt no AREsp 1.315.567/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 7/06/2019; AgInt no REsp 1.605.192/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 12/04/2019; AgInt no REsp 1.658.173/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2017.

que o sujeito deve indenizar ou perder o cargo em decorrência daquele mesmo fato.

Quanto às demais causas de absolvição e seus reflexos nas demais instâncias, há menos unanimidade.

Doutrina<sup>479</sup> e jurisprudência<sup>480</sup> majoritárias compreendem que a *insuficiência probatória (in dubio pro reo)* que conduz à absolvição penal (vide incs. II, V e VII, do artigo 386, do Código de Processo Penal) não vincula os outros âmbitos, pois, a um, pode haver, nas outras instâncias, produção probatória diversa ou complementar, que possibilite decisão distinta e, a dois, pode ser que outra instância *considere suficientes* as provas que a instância penal – que é a mais exigente, por lidar com privação de liberdade – não considerou.

Veja-se que – e aqui se está com a doutrina minoritária<sup>481</sup> – se houver *nova produção probatória*, que acaba por *complementar* a produção probatória realizada em âmbito penal, é aceitável que advenha decisão administrativa/civil distinta (condenatória, portanto). Porém, caso se esteja diante *do mesmo material probatório* da instância penal, ou seja, caso se trate de conjunto probatório *já considerado e já valorado como insuficiente pelo Estado*, parece inaceitável que, em instância diversa, o mesmo Estado *valore distintamente*, a fim de condenar/sancionar alguém<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> Nesse sentido, por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017, p. 759; FERNANDES, André Dias. As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância. In *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Jan./ Abr. 2018, p. 351. v. 19; MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 1180.

<sup>480</sup> STJ, AgInt no RMS 57903/SP, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJe 11.12.2018; MS 20004/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 29.11.2016; MS 20.902/DF, Primeira Seção, Min. Rel. Og Fernandes, DJe 23.03.2015, dentre tantos outros.

<sup>481</sup> Nesse sentido interessante o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, que rejeita a interpretação da doutrina e da jurisprudência majoritárias e sustenta que a sentença penal absolutória transitada em julgado sempre deve repercutir no direito administrativo, qualquer que seja o fundamento invocado para a absolvição, “uma vez que deve ser emprestada interpretação conforme à Constituição ao art. 126 da Lei 8.112/90, a fim de harmonizá-lo com o princípio constitucional da presunção da inocência, evitando-se assim ‘uma distinção hierárquica entre as sentenças penais absolutórias’”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mensalão e a propalada independência das instâncias. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2013, p. 445-454. v. 933.

<sup>482</sup> Nessa perspectiva, vejam-se exemplos construídos por CRETELLA JUNIOR: “Admitamos, num outro caso, que funcionário bibliotecário seja acusado de ter-se apropriado dos livros confiados à sua guarda. Colegas acusam-no do fato. Em consequência, é demitido do cargo, depois da instauração do processo administrativo. Nenhum livro, entretanto, é encontrado com o funcionário. Não se conseguiu provar, em momento algum, que o agente se apropriou dos livros. No mundo dos fatos, pode mesmo ter ocorrido o desaparecimento dos livros, mas o fato do apresamento, pelo funcionário, não foi provado, nem direta, nem indiretamente. Hipótese

Ainda, caso haja atipicidade do fato (inc. III, do artigo 386, do Código de Processo Penal), não há que se falar em comunicabilidade/vinculação de outras instâncias. “Basta lembrar que nem todo ato ilícito, capaz de provocar prejuízo, está necessariamente tipificado como crime”<sup>483</sup>.

Finalmente, nos casos em que há presença de causas excludentes de ilicitude (*causas de justificação*), o Código Civil, no art. 188, expressa que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Assim, não havendo fato ilícito, não há que se falar em dever de indenizar<sup>484</sup>.

Ainda e reforçando tal noção, a redação do art. 65 do CPP, que esclarece que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito”. No mesmo sentido, a redação do art. 8º da Lei n. 13.869/2019<sup>485</sup>.

### 2.8.3 Súmula Vinculante n. 24 do STF como comprovação da independência relativa entre as instâncias

---

análoga pode ser aventada para o carteiro, acusado de desvio de registrados com valores, confiados à sua guarda. No entanto, nenhuma reclamação por parte do público; nenhum valor encontrado em poder do carteiro. As acusações constantes do inquérito administrativo, vagas e imprecisas, levadas depois para o juiz criminal ilustram a segunda hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “não haver prova da existência do fato”. Figuremos, agora, o caso de porteiro de repartição pública, acusado de ter aberto a porta, possibilitando que terceiros entrassem no prédio e furtassem valores do Estado, ou de particulares, mas sob a guarda de agentes do poder público. Realmente, a porta fora aberta, mas não existe prova da abertura pelo porteiro. Ou, então, a porta fora aberta para que outro funcionário entrasse e, então, nesse meio tempo, outros entraram. Tendo o juiz penal concluído “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”, temos configurada a IV hipótese do Código de Processo Penal, art. 386. Em todos os casos exemplificados, a sentença penal repercute no juízo administrativo, sobrepondo-se à decisão das autoridades administrativas.” CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP*, n. 67, São Paulo, 1972, p. 143 e ss.

<sup>483</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 1179. Nesse sentido também os Tribunais Superiores. Vide STJ AgInt nos EDcl no REsp 1451163, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJe 24.04.2020 e AgInt no AResp 1315567, Segunda Turma, Min. Rel. Assusete Magalhães, DJe 07.06.2019.

<sup>484</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 1179.

<sup>485</sup> “Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, 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 do direito.”

Há, ainda, o advento da súmula vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal<sup>486</sup> para corroborar que as instâncias não são independentes em sua plenitude. Tal súmula dispõe que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”<sup>487</sup>.

O objetivo do presente estudo não é aprofundar a análise da súmula vinculante em si – que, assim como o *direito penal tributário* no todo, carece de reflexão e crítica<sup>488</sup> –, mas demonstrar que, também nessa matéria, a jurisprudência brasileira optou por *atrelar* as instâncias, *flexibilizando a sua independência*.

Na densa discussão que permeia o precedente que gestou a súmula vinculante – HC n. 81.611/DF, do STF<sup>489</sup> –, há (algumas) passagens inequívocas sobre a necessidade de resguardar a *harmonia* e a *coerência* entre as instâncias<sup>490</sup>.

---

<sup>486</sup> A súmula vinculante, publicada em 11.12.2009, pelo Supremo Tribunal Federal, gerou e segue gerando muitas críticas e discussões que, por questões metodológicas, não poderão ser abordadas no presente trabalho. Ademais, em diversos julgados prolatados posteriormente à vigência da súmula, o próprio STF temperou a aplicabilidade desse enunciado em muitos casos (principalmente aqueles que envolvem fraude à fiscalização e concomitância de prática de outros crimes não tributários), revelando, desse modo, uma (certa) mudança de paradigma dentro da própria Corte. Para aprofundamento sobre o tema vide SILVEIRA, Artur Barbosa da; BUENO, Isadora Carvalho. A tipificação material dos crimes contra a ordem tributária: uma necessária revisão da súmula vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal ante a sua mitigação nos casos concretos. In: *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, 2020, p. 183 e ss. v. 23.

<sup>487</sup> O debate técnico, nos precedentes que antecederam tal súmula, versava sobre ser o lançamento uma condição objetiva de punibilidade (nesse sentido, o Min. Sepúlveda Pertence) ou se integrava a própria tipicidade (nesse sentido, o Min. Joaquim Barbosa). Com a súmula, a princípio, venceu o entendimento de que sem o lançamento não há tipicidade.

<sup>488</sup> Apenas ilustrativamente, veja-se a discussão sobre a perigosa confusão que os aplicadores do direito fazem, hoje, sobre o ilícito-típico tributário (crime tributário) e o ilícito tributário (no âmbito administrativo). Sobre o tema, vide D’AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In: *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários*. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni (coords.). São Paulo: Malheiros, 2018, p. 265 e ss. Ainda, merece registro o (peculiar) fato do pagamento – a qualquer tempo, conforme atual posicionamento jurisprudencial – extinguir a punibilidade do agente. Tal fato transforma as ações penais (envolvendo crime tributário) em verdadeiros instrumentos-coercitivos-arrecadatários, além de ser contraditório com os próprios fins da pena, posto que ao tomar conhecimento de que o pagamento extingue a punibilidade, o indivíduo se sente *estimulado* à prática do crime (o revés da prevenção geral negativa). Nesse sentido e para aprofundamento vide ECHAGUE, Juan Manuel Álvarez. *La extinción de la acción penal tributaria*. Buenos Aires: Ah Hoc, 2018 e LO MONTE, Elio. *Principio de Derecho penal tributario*. Buenos Aires: IBDEF, 2006.

<sup>489</sup> STF, HC 81.611/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005.

<sup>490</sup> Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto: “o que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade – quando se cogita de crime de dano –, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irrevisível essa, corolário iniludível da *harmonia do ordenamento jurídico* impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido tributo devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.”

A decisão do STF no HC n. 81.611, embora longa, pouco se debruça no tema específico do mito da independência das esferas. (...) Independentemente de uma incursão no tema, contudo, é certo que, por esse julgamento Plenário, pode-se considerar superada significativa jurisprudência da Corte e do próprio STJ que, sempre baseados na suposta independência de esferas, costumava apartar as esferas judicial e administrativa para sempre permitir sua desconexão (...). A importância histórica da decisão é inegável, e dela se podem extrair trechos que começam a jogar novas luzes sobre o debate, colaborando para a desconstrução do dogma, ainda que de forma tímida, como na passagem do voto do Min. Marco Aurélio Mello que, ao mesmo tempo em que reafirma a premissa, procede à diluição de suas forças, já atento a uma compreensão sistemática do Direito, dizendo que “há a independência, não existe a menor dúvida, das esferas civil, administrativa e penal. Mas a ordem jurídica é única, sendo essa independência norteada pela interpretação sistemática das diversas normas”.<sup>491</sup>

E parece evidente a razão. Se o crime é a supressão ou redução do *tributo*, há que se aguardar que a autoridade administrativa, após o devido processo legal, constitua o crédito em termos definitivos, pois só aí há que se falar em *tributo*.<sup>492</sup> Nesse sentido, SÁNCHEZ RIOS ao dispor que, tipificando o art. 1º da Lei n. 8.137 um crime de dano, “não há como se admitir irrestritamente que o resultado da instância administrativa não possa ter influência na decisão do juízo criminal”<sup>493</sup>. Ou, como entendia FRAGOSO, se o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos devidos, envolve, necessariamente, um ilícito fiscal. O ilícito penal constitui um *plus* em relação a este, mas não pode subsistir sem ele<sup>494</sup>.

Portanto, a discussão que redundou na súmula vinculante 24 é ilustrativa no sentido de reconhecimento, por parte da doutrina e da jurisprudência, de que há casos em que as instâncias caminham, necessariamente, de mãos dadas, inclusive *condicionando* o exercício da instância penal ao exercício da instância administrativa. Mais, que as diversas instâncias não são, definitivamente, *apartadas* como quer fazer crer o mantra da absoluta independência entre as instâncias<sup>495</sup>.

<sup>491</sup> GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 429 e ss.

<sup>492</sup> STF, Rcl 31.194, dec. monocrática, Min. Rel. Roberto Barroso, DJe 03.12.2018.

<sup>493</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 72.

<sup>494</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 562.

<sup>495</sup> A verdade é que, de certo modo, as leis penais em branco que remetem o “branco” à instância administrativa, bem como todas as técnicas de reenvio utilizadas quando das tipificações (tipos abertos, elementos normativos do tipo, tipos penais de remissão a atos concretos da administração pública...), acabam incorrendo nessa correlação/dependência entre as instâncias.



#### 2.8.4 Detração do art. 42 do CP como comprovação da independência relativa entre as instâncias

Finalmente, há o art. 42 do Código Penal, que estabelece que “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Há estampada, nesta previsão legislativa, a preocupação com a *detração da pena*, ou seja, com o *desconto/abatimento*, quando da imposição da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, de prisão que tenha ocorrido antes – mesmo que em outra instância.

Não se ignora que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a prisão administrativa deixou de existir<sup>496</sup>. Para o presente estudo, porém, tal dispositivo revela dois pontos essenciais: primeiro, a relação entre as instâncias, posto que determinava que a instância penal considerasse (à época) prisões administrativas – comprovando que a independência *não é absoluta* – e, segundo, o reconhecimento legislativo de que uma instância deve *considerar/sopesar* o que fora imposto na outra.

Importa ainda esclarecer que, não obstante não haja mais prisão administrativa, ainda existe – em uma única hipótese<sup>497</sup>, a de dívida por *alimentos*<sup>498</sup> – a chamada *prisão civil*<sup>499</sup>. A doutrina, então, aplica, por analogia

---

Porém, considera-se ser desnecessário trazer à tona toda essa discussão para comprovar o que já está suficientemente comprovado: as instâncias são muito menos independentes do que o mantra da independência entre as instâncias faz parecer. Para aprofundamento nesse sentido das técnicas de reenvio, vide GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

<sup>496</sup> STF, RHC 66905/PR, Primeira Turma, Min. Rel. Moreira Alves, DJ 10.02.1989: “(...) Entrou em vigor a nova Constituição, em virtude da qual – por força do disposto no inciso LXI do artigo 5º (‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’) – deixou de ser permitida, em nosso sistema, a prisão administrativa (...)”. Chegou a haver julgado do STJ em sentido diverso, admitindo a subsistência de tal modalidade de prisão quando imposta por autoridade judiciária, em decisão fundamentada (STJ, RHC 3.040, Min. Rel. Assis Toledo, DJ 28.02.1994).

<sup>497</sup> Súmula vinculante n. 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

<sup>498</sup> STF, HC 95120/SP, Segunda Turma, Min. Rel. Eros Grau, DJe 14.08.2009: “(...) O Pleno do Supremo Tribunal decidiu, no RE n. 466.343/SP, pela inconstitucionalidade da prisão civil, excetuada a prisão do sonoador de alimentos.”.

<sup>499</sup> Súmula 309 STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.

(*in bonam partem*) à prisão civil a mesma compreensão legalmente conferida à extinta prisão administrativa.

Significa reconhecer que caso alguém seja preso (*prisão civil*) em razão de dívida de alimentos e, posteriormente, seja condenado pela prática do crime de abandono material (art. 244 do Código Penal) – crime que guarda relação, também, com o doloso não pagamento de alimentos –, poderá haver detração<sup>500</sup>. Veja-se: haverá, *na instância penal*, a consideração da pena imposta *na instância civil*.

## 2.9 (BREVES) CONCLUSÕES SOBRE O NE BIS IN IDEM E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS

De todo o exposto, importa especialmente concluir que o princípio do *ne bis in idem* não é um princípio (exclusivo) do âmbito penal, mas um princípio reconhecido por todas as (distintas) instâncias do direito. É dizer: todas as instâncias consideram, *internamente*, o princípio do *ne bis in idem*.

Há, porém e como se pôde depreender de simples análise às regras constitucionais, uma *independência entre as instâncias* que impossibilita afirmar – de plano - que o princípio do *ne bis in idem* se aplica *entre as instâncias*. Ou seja, não é possível afirmar, de pronto, que todas as vezes que o direito penal e o direito administrativo sancionador (por exemplo), sancionarem concomitantemente o mesmo fato, estará violado o princípio do *ne bis in idem*.

Por outro lado, também restou evidenciado que esta independência entre as instâncias *não é absoluta, mas relativa*. É possível afirmar, pelos exemplos explorados, que a independência entre as instâncias está sendo *flexibilizada* em nome de uma atuação estatal *mais coerente, harmoniosa e proporcional*. Tal constatação reflete diretamente na construção desta tese (e, mais especialmente, no Capítulo 03 e 04).

## 2.10 DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

Reconhecido que o *ne bis in idem* informa o ordenamento jurídico brasileiro – seja *implícito*, na ordem constitucional, por derivação de outros

---

<sup>500</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 859.

princípios expressos, seja por previsão em *tratados e convenções internacionais* dos quais o Brasil é parte –, importa, ao presente estudo, verificar o(s) destinatário(s) de tal princípio.

Parece evidente que existe um *primeiro* filtro de observância ao *ne bis in idem* quando da *criação* da lei – ou seja, tendo o legislador como destinatário – e um *segundo* filtro de observância quando da *aplicação* da lei – dirigido, portanto, ao intérprete –, para utilizar os mesmos termos de CANOTILHO<sup>501</sup>.

### 2.10.1 O legislador enquanto destinatário do *ne bis in idem*

Quer perspectivando o *ne bis in idem* enquanto princípio de fonte – no caso do Brasil, implícita – constitucional, quer pensando o *ne bis in idem* enquanto direito fundamental a não ser processado e punido duas vezes pelo mesmo fato, necessário reconhecer que o princípio *vincula o legislador*. Ou seja, o *ne bis in idem* constitui fonte de diretrizes impostas ao legislador.

Como se sabe, o legislador não é livre em suas opções<sup>502</sup>. Pelo contrário, é justamente a submissão a certos fins, regras e princípios que, ao cabo, outorga coerência e validade às opções legislativas. E, se o desafio contemporâneo reside em vincular os dados de realidade social às regras e aos princípios que constituem a estrutura axiológica do sistema normativo, a orientação *através da Constituição* se revela uma (tentativa de) resposta coerente<sup>503</sup>.

Assim, é possível afirmar que, em um primeiro momento, o legislador, ao atentar para a (necessária) racionalidade do poder punitivo estatal, deve utilizar – dentre tantos outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos – o *ne*

<sup>501</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Portugal: Almedina, 2002. O autor, registre-se, não trata diretamente do *ne bis in idem* quando faz tal distinção. Apenas está a esclarecer que princípios podem inicialmente ser dirigidos ao legislador (ou seja, princípios observados na *criação da lei*) e, posteriormente, ao intérprete/julgador (ou seja, princípios observados na *aplicação da lei*).

<sup>502</sup> Quando se fala, aqui, em “legislador” e em “opção do legislador”, não se está a imaginar, naturalmente, um autor determinado do texto legislativo, proprietário de uma vontade unívoca fundadora do texto. Há absoluta consciência de que o processo legislativo se qualifica justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Nesse sentido, seguimos ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 23.

<sup>503</sup> YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBDEF, 2017, p. 747. Tradução livre e interpretada dos trechos: “(...) Es justamente la ordenación a ciertos fines conforme a determinadas reglas o principios lo que otorga coherencia y validez a las opciones del legislador (...). El desafío penal contemporáneo reside en vincular los datos de la realidad social con las reglas e principios que constituyen la estructura axiológica del sistema normativo. Para ese fin, la ‘orientación a la Constitución’ se muestra, a su criterio, como una respuesta coherente ante esas exigencias.”.

*bis in idem* como um *filtro*, de modo a atentar à não previsão de dupla punição em razão do mesmo fato.

Nesse ponto, considerando que a própria Constituição Federal prevê a *possibilidade* de incidência de sanções advindas de instâncias distintas para o mesmo fato<sup>504</sup>, não há como afirmar que o *ne bis in idem* veda o legislador de prever abstratamente sanções, através de instâncias distintas, pelo mesmo fato.

Porém, e aqui está ponto essencial ao presente trabalho – que será novamente (e mais amplamente) abordado no Capítulo 4 –, a existência do princípio impõe ao legislador:

(...) A responsabilidade de garantir uma convivência harmônica e complementar entre o Direito Penal e os regimes punitivos integrados noutros ramos do Direito. O respeito pelo *ne bis in idem* não inclui apenas uma proibição de estabelecer penas ou julgamentos sucessivos pelo mesmo crime, nem mesmo somente uma proibição de estabelecer sanções análogas à pena pelo mesmo facto ou de garantir o respeito pelo caso julgado. Pelo contrário, também impõe a adoção, por parte do legislador, de mecanismos normativos destinados a evitar que ocorram situações de dupla punição ou de duplo julgamento, inerentes à imperfeição natural dos sistemas de Direito<sup>505</sup>.

Portanto, o *ne bis in idem* enquanto filtro para o legislador, deve guiá-lo no sentido de, primeiro, não prever duplicidade de punições no âmbito de uma mesma instância, para um mesmo fato<sup>506</sup>. Segundo, *caso isso ocorra* (por exemplo, na situação em que o legislador prevê o crime de homicídio (art. 121 do CP) e o crime de infanticídio (art. 123 do CP); ou o crime de homicídio culposo no Código Penal (art. 121, §3º) e o crime de homicídio culposo no Código de Trânsito (art. 302 da Lei n. 9503/97)), deve o próprio legislador *prever*

---

<sup>504</sup> Como já visto e exemplificativamente, a Constituição Federal prevê no art. 37, §4º, o processamento e punição pelos atos de improbidade independentemente da resposta penal e prevê, no art. 225, §3º, as sanções penais, administrativas e de reparação dos danos, em razão de lesões ao meio ambiente.

<sup>505</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 495.

<sup>506</sup> Não obstante isso já tenha sido esclarecido no tópico 2.6.1, registre-se, por precaução: não se está a afirmar que o legislador não pode, num mesmo preceito secundário, prever, por exemplo, pena privativa de liberdade e pena de multa. Não há, com isso, violação ao *ne bis in idem*, pois são apenas penas de natureza distintas que estão conjuntamente pensadas/sopesadas, pelo legislador, como uma sanção (global) a quem pratica aquela conduta. O que se está a afirmar é que o legislador não deve prever duas sanções autônomas (em preceitos secundários distintos, advindos de preceitos primários diferentes) para o mesmo fato.

*mecanismo solucionador* para evitar o *bis in idem*, como, no exemplo, a previsão do princípio da especialidade<sup>507</sup>.

Ademais, não deve o legislador fechar os olhos para as instâncias diversas. Se é legítimo que o legislador preveja sanções, pelo mesmo fato, através de instâncias distintas, é essencial ao menos que o legislador esteja consciente de *quais e quantas instâncias estão sancionando tal conduta, de qual modo, em qual intensidade e sob qual fundamento* – tudo na intenção de garantir a convivência harmônica, complementar e proporcional entre o direito penal e os demais ramos sancionatórios estatais.

### 2.10.2 O intérprete enquanto destinatário do *ne bis in idem*

O legislador é figura central para evitar o *bis in idem* quando da criação (abstrata) da lei. Mas tal atuação, se vista de forma isolada, é insuficiente. Deve haver a observância do princípio também pelo seu intérprete que é, afinal, quem concretiza (cria, em concreto) a norma. Leia-se: o princípio do *ne bis in idem* vincula também o intérprete<sup>508</sup>.

Tal reconhecimento caminha de mãos dadas com a superação da (ingênuo e ultrapassada) visão de que o magistrado se restringe a mero aplicador da lei. O juiz, é evidente, *interpreta* a previsão legal. “A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”<sup>509</sup>.

COELHO defende que a interpretação criadora é atividade legítima, naturalmente desempenhada pelos magistrados quando da aplicação do

---

<sup>507</sup> Outro exemplo de instrumento legislativo que pretende obstar a ocorrência de *bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, é o *caput* do art. 61 do Código Penal: o legislador deixou expresso, ali, que as circunstâncias sempre agravam a pena, desde que não constituam ou qualifiquem o crime. É, evidentemente, uma previsão legislativa que está objetivando impedir *bis in idem*.

<sup>508</sup> No sentido da vinculação tanto do legislador quanto do intérprete ao princípio do *ne bis in idem*, Fabio Brun Goldschmidt. O autor denomina a vinculação do legislador de proibição hipotético-abstrata e a vinculação do intérprete como proibição exegético-concreta. GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 43 e ss.

<sup>509</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 23.

direito<sup>510</sup>. No mesmo sentido, CANOTILHO<sup>511</sup>, ao reconhecer que a investigação e a obtenção do direito criadoramente feita pelos juízes ao construírem normas de decisão para a solução de casos concretos constitui um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes de direito.<sup>512</sup>

Dessa forma, os princípios servem como pauta crítica das decisões e operam não apenas como limitadores ao legislador, mas também aos juízes. E assim é porque nos modernos Estados de direito as estruturas constitucionais apontam para a superação das meras considerações procedimentais e incluem, em seus conteúdos, fins, valores e bens. Os textos constitucionais não apenas receitam modos de solucionar os conflitos, mas também metas e objetivos que devem ser considerados no momento de avaliar as posições postas em confronto. Como consequência, os princípios asseguram essas metas e operam como base das decisões judiciais<sup>513</sup>.

Os Tribunais Superiores brasileiros reconhecem que os juízes estão vinculados ao princípio do *ne bis in idem*. Prova disso – dentre tantas possíveis – é a súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, que aduz que “a reincidência penal não pode ser considerada agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

O fundamento da súmula – dirigida especificamente ao julgador – é um só: *ne bis in idem*. No bojo do precedente vinculado à súmula (STJ, HC n. 9.219) há registro de que considerar a mesma condenação anterior como reincidência

---

<sup>510</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134, Abril / Jun. 1997.

<sup>511</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Portugal: Almedina, 2002, p. 705 e ss.

<sup>512</sup> Não obstante seja difícil alguém olvidar, atualmente, de que os magistrados constroem – ou reconstróem – o direito, não é demais registrar que quando da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, por exemplo, os tribunais atuam como autênticos *legisladores negativos*. “Anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa”. Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152. Ainda, vale registrar as próprias orientações contidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), mais especificamente nos arts. 4º e 5º, de que (i) quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito; (ii) na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>513</sup> YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBdeF, 2017, p. 828. Tradução livre de: “Esto es así por cuanto en los modernos Estados de derecho las estructuras constitucionales, tal como se vio, apuntan a la superación de meras consideraciones procedimentales e incluyen en sus contenidos fines, valores y bienes. Los textos constitucionales no sólo receptan modos de solucionar los conflictos sino metas u objetivos que deben tenerse en cuenta en el momento de evaluar las posiciones en pugna”.

e como mau antecedente seria uma indevida dupla valoração (do mesmo fato), por parte do intérprete, violando o *ne bis in idem*.<sup>514</sup>

Daí se pode retirar duas conclusões: a um, que doutrina e jurisprudência reconhecem que o princípio do *ne bis in idem* vincula o julgador e, a dois, que essa vinculação é essencial para a efetiva concretização do princípio, posto que o legislador não consegue, *ex ante*, evitar toda e qualquer dupla valoração.

Assim, o legislador deve realizar um *primeiro filtro*, na intenção de coibir o *bis in idem* e, então, o intérprete deve realizar um *segundo filtro* na (mesma) intenção de evitar a ocorrência de *bis in idem*. É na conjugação dessas duas – e subsidiárias – filtragens que o princípio efetivamente se concretiza.

Portanto, do mesmo modo que o legislador está autorizado a prever mais de uma sanção para o mesmo fato, através de instâncias distintas, também o julgador pode punir o mesmo fato, por mais de uma vez, através de instâncias distintas. Porém, e eis ponto importante para a construção do presente trabalho, é essencial ao menos que o julgador esteja consciente de *quais e quantas instâncias estão sancionando tal conduta, de qual modo, em qual intensidade e sob qual fundamento* – tudo na intenção de garantir a convivência harmônica, complementar e proporcional entre o direito penal e os demais ramos sancionatórios estatais<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> As decisões já reconheciam a violação ao princípio do *ne bis in idem*, por parte do julgador que realizava tal dupla valoração, há tempos. Veja-se por exemplo STJ, RHC 3947/SP, Min. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 28.11.1994 e STJ, REsp 95479/AM, Min. Rel. Anselmo Santiago, DJ 06.10.1997.

<sup>515</sup> E a repetição de palavras nos últimos parágrafos dos tópicos 2.10.1 e 2.10.2 não decorre de descuido, mas de pensada escolha. É a tentativa de evidenciar que, de fato, legislador e julgador compartilham da (mesmíssima) obrigação de coibir o *bis in idem*, de modo a harmonizar o Direito Penal com os demais ramos sancionatórios estatais, garantindo coerência e, especialmente – como se verá no próximo Capítulo -, *proporcionalidade*.

**3.****CABELUDINHO**

Manoel de Barros

*Quando a Vó me recebeu nas férias, ela me apresentou aos amigos: Este é meu neto. Ele foi estudar no Rio e voltou de ateu. Ela disse que eu voltei de ateu. Aquela preposição deslocada me fantasiava de ateu. Como quem dissesse no Carnaval: aquele menino está fantasiado de palhaço. Minha avó entendia de regência verbais. Ela falava de sério. Mas todo mundo riu. Porque aquela preposição deslocada podia fazer de uma informação um chiste. E fez. E mais: eu acho que buscar a beleza nas palavras é uma solenidade de amor. E pode ser instrumento de rir. De outra feita, no meio da pelada um menino gritou: Disilimina esse, Cabeludinho. Eu não disiliminei ninguém. Mas aquele verbo novo trouxe um perfume de poesia à nossa quadra. Aprendi nessas férias a brincar de palavras mais do que trabalhar com elas. Comecei a não gostar de palavra engavetada. Aquela que não pode mudar de lugar. Aprendi a gostar mais das palavras pelo que elas entoam do que pelo que elas informam. Por depois ouvi um vaqueiro a cantar com saudade: Ai morena, não me escreve / que eu não sei a ler. Aquele a preposto ao verbo ler, ao meu ouvir, ampliava a solidão do vaqueiro.*



### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 (ALGUMAS) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diferentemente do princípio do *ne bis in idem*, objeto do capítulo anterior e que conta com dedicação doutrinária e jurisprudencial não tão ampla e aprofundada, o princípio da proporcionalidade (sempre) recebeu especial atenção por parte dos operadores do direito. É verdade, porém, que desde a Constituição da República de 1988 tal princípio passou a ocupar espécie de *protagonismo* no Brasil, sobretudo na seara da interpretação constitucional<sup>516</sup>.

Isso porque no conflito entre maior controle constitucional ou maior liberdade de configuração do legislador, a Constituição se posicionou a favor de uma *significativa intervenção jurisdicional na atividade legislativa*<sup>517</sup>.

Nesse cenário, a busca por uma *razoabilidade* nas decisões judiciais – e a expressão razoabilidade, aqui, quer significar proporcionalidade em sentido

---

<sup>516</sup> Há quem compreenda tal fenômeno como *ativismo judicial*. Sem olvidar da pluralidade de sentidos provenientes da expressão norte-americana “*judicial activism*”, da (absoluta) ausência de consenso em torno da definição, bem assim da elevada carga crítica atribuída ao termo, é inegável que, no movimento constitucional brasileiro contemporâneo, fundado sobretudo no princípio democrático, o Poder Judiciário passou a exercer – com seus ônus e bônus - uma postura *ativista*. “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In *Suffragium*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

<sup>517</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 50. A autora prossegue afirmando que “a equação é simples: quanto mais decisões a Constituição tomar para si, menos decisões caberão ao legislador e mais legítima será a sua sujeição a controle. O grau de regramento constitucional é, portanto, inversamente proporcional ao grau de liberdade do legislador, mas diretamente proporcional ao grau de legitimação e de intensidade de sua própria justiça constitucional.”.

lato, sem qualquer distinção nominativa<sup>518519</sup> – serviria de justificativa para, por vezes, colocar-se de lado a literalidade da lei em prol de uma decisão justa e adequada ao caso concreto. É dizer: entre a *vontade do legislador* e a *vontade do constituinte* impera a última, posto que a proporcionalidade permite (e obriga) tal “filtragem” interpretativa em homenagem à justiça.

Deixando-se de lado, como convém ao propósito deste trabalho, as (variadas) críticas<sup>520</sup> em torno de tal *técnica interpretativa/hermenêutica* e o possível confronto deste olhar com o princípio da separação de poderes, quer-se deixar claro, aqui, que a adoção do princípio da proporcionalidade como fonte (subsidiária) de solução do problema da multiplicidade sancionatória estatal<sup>521</sup>

---

<sup>518</sup> Adiante-se que os alemães utilizam indiscriminadamente as terminologias proporcionalidade e vedação/proibição de excesso (*Übermas*) para designar o princípio da proporcionalidade em sentido lato, ao passo que os americanos (precursores no uso dos métodos de razoabilidade em sede de controle de constitucionalidade) fazem uso da expressão razoabilidade para o mesmo fim. Para desviar das discussões terminológicas que pouco (ou nada) contribuiriam para o objeto deste trabalho, assentamos desde logo nossa filiação à parcela doutrinária que emprega os termos proporcionalidade (em sentido lato) e razoabilidade como sinônimos. Nesse sentido (e não exaustivamente): BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 e BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Em sentido oposto: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008, p. 234.

<sup>519</sup> Não se olvida que tal posicionamento não é unânime. ÁVILA compreende que a proporcionalidade exige uma relação de causalidade entre meio e fim, enquanto a razoabilidade é um dever de harmonização do geral com o individual, um dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 161. AFONSO DA SILVA entende que os verbetes “expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimo.” SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In *Revista dos Tribunais*, v. 798, Abr./2002, p. 23. Também nesse sentido DIFINI, para quem “a noção de razoabilidade é mais ampla, com maior indeterminação e possui uma estrutura formal menos rígida que o princípio da proporcionalidade”. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

<sup>520</sup> “Quanto às objeções internas ou imanentes à ponderação em si, ou seja, as que se colocam independentemente da forma controversa e politicamente orientada como a Supreme Court a levou a cabo nos anos da guerra fria, a crítica centra-se, sobretudo, na arbitrariedade, manipulabilidade e imprevisibilidade da metodologia.” NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Composição e Edição Coimbra – Editora Ltda., 2003, p. 655.

<sup>521</sup> “Se bem que reconhecendo a pertinência de muitas das críticas mais comumente dirigidas à ponderação de bens, delas não nos permitimos inferir a rejeição do método, mas tão só a importância dos riscos da sua utilização”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Composição e Edição Coimbra – Editora Ltda., 2003. p. 640. Parece-nos *razoável* aceitar o risco inerente à utilização

não se consubstancia na promoção de uma (indesejável) sobreposição de poderes ou no fomento de um decisionismo subjetivo, arbitrário e irrestrito por parte do Poder Judiciário. Tampouco se está a tratar da proporcionalidade enquanto mera técnica de ponderação de bens para solução de crises de princípios.

Para os fins deste trabalho, a proporcionalidade é (en)focada e empregada – em sua definição clássica, porém modernamente estruturada – como uma espécie de *filtro* tendente a permitir e vigiar a intervenção (razoável) do Estado sancionador na seara dos direitos fundamentais do autor do fato ilícito (seja qual for a natureza deste fato, diga-se).

Quando se refere à proporcionalidade neste estudo, portanto, está-se a tratar de um “*instrumento de controle de excesso de poder*”, para utilizar a sintética – e acertada – definição cunhada por BARROS<sup>522</sup>, dirigido à atuação do legislativo e do judiciário<sup>523</sup>.

Finalmente, há que se reconhecer os (importantes) esforços doutrinários que buscaram definir a natureza jurídica da proporcionalidade – se *princípio* ou *regra*. Adentrar nesta discussão, contudo, não parece metodologicamente adequado, posto que inexpressiva para os resultados aqui pretendidos<sup>524</sup>. Resta assentar que se adota neste trabalho a designação *princípio da proporcionalidade*, por três razões práticas<sup>525</sup>: (i) é a expressão mais utilizada por seus precursores europeus; (ii) é a expressão majoritariamente empregada na doutrina constitucionalista brasileira, que admite o princípio da

---

do método da proporcionalidade para percorrer o caminho que (cremos) conduz à solução do problema da multiplicidade sancionatória do Estado, pelo mesmo fato, aplicada à mesma pessoa. 522 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 34.

<sup>523</sup> Sem prejuízo desta pista inaugural, cumpre registrar que a conceituação e estruturação jurídica do *princípio da proporcionalidade* será tratada com o devido apreço mais adiante, em tópico próprio.

<sup>524</sup> O aprofundamento da discussão demandaria espaço do qual (infelizmente) não dispomos. Ademais, tal decisão guarda coerência com o já realizado no Capítulo 02: abordou-se o *ne bis in idem* como *princípio*, não como *regra*, sem (maior) aprofundamento na dicotomia existente em torno de sua natureza.

<sup>525</sup> Não se olvida que importantes autores, como Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, rejeitam a proporcionalidade enquanto princípio e a compreendem como regra. Para os autores, a estrutura da proporcionalidade é construída no sentido de verificar se as suas máximas parciais foram atendidas ou não, sob pena de declaração de inconstitucionalidade. Ou seja: deve a proporcionalidade ser considerada uma regra. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 168 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 117. Não obstante a força dos argumentos, fato é que – como comprova a atuação do Supremo Tribunal Federal – nada impede a declaração de inconstitucionalidade quando constatada (também) a violação do *princípio* da proporcionalidade.

proporcionalidade como um *direito fundamental em si*<sup>526</sup> e (iii) é a expressão adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Traçados tais (iniciais e essenciais) apontamentos, mergulha-se na contextualização histórica do princípio da proporcionalidade. Não por ser a *origem* o caminho mais óbvio para se iniciar o estudo, mas por ser verdadeiramente relevante à (melhor) compreensão da face da proporcionalidade que conduz às conclusões (que serão) tecidas no presente trabalho.

### 3.2 RAÍZES HISTÓRICAS DA PROPORCIONALIDADE

Se é possível extrair algum consenso entre os (tantos) estudos dedicados ao tema, está (i) na constatação de que o princípio da proporcionalidade passou por significativas (trans)mutações ao longo dos séculos, evoluindo desde sua primitiva até conformar-se à definição atual e (ii) no fato do referido princípio deitar raízes (simultaneamente) na história jurídica da Europa ocidental, bem como na dos Estados Unidos, recebendo, porém, tratamento e significado distintos – mas não excludentes – em cada continente.

As primeiras *noções*<sup>527</sup> relacionadas à proporcionalidade remontam ao período anterior a Cristo e se relacionam à ideia – até hoje onipresente no direito (sancionador) brasileiro – de se estabelecer uma *relação proporcional* entre o fato praticado e a punição do agente.

---

<sup>526</sup> Para ficar num só exemplo, eis a lição de BARROS: “Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.” BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 155.

<sup>527</sup> Não estamos referindo, aqui, ao surgimento do princípio da proporcionalidade com o conteúdo jurídico que lhe é hoje atribuído, mas ao nascimento dos *ideais* de moderação, razoabilidade, vedação de excesso, necessidade e adequação, os quais remontam à antiguidade clássica e serviram de alicerce para a construção jurídica do brocardo ao longo dos séculos seguintes. “É um equívoco, pelo menos do ponto de vista histórico e metodológico, restringir a indagação sobre as origens da proibição de excesso ou da proporcionalidade aos séculos XVIII e XIX. (...) Do ponto de vista etimológico, associa-se a origem da palavra proporcionalidade ao vocábulo grego *αναλογία* (analogia), donde terá derivado o conceito de *proporcionalitas*.” CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 68.

Há quem<sup>528</sup> defenda que o surgimento do princípio da proporcionalidade confunde-se, em verdade, com a própria história da filosofia do direito<sup>529</sup>, remontando ao ano de 1.772 a.C., mais especificamente ao Código de Hammurabi, sendo contemplado na (famosa) Lei de Talião (*olho por olho, dente por dente*).

Há quem<sup>530</sup> lembre que Montesquieu tratou da proporcionalidade – entre crimes e sanções – já na sua primeira obra, tida como o “manual do Iluminismo”, intitulada *Lettres Persanes* (Cartas Persas), publicada em 1721. Após, a ideia foi referendada pelo mesmo autor na publicação do clássico *De l'esprit des lois* (Do espírito das leis), em 1748, obra que inspirou fortemente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no pós revolução francesa, em 1789, que contemplou expressamente a ideia de proporcionalidade entre punição e delito, apregoando que ninguém deveria ser sancionado além do *necessário*<sup>531</sup>.

Outro autor clássico que tratou da proporcionalidade, em especial na seara punitiva, foi Marquês de BECCARIA, conhecido pela obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), de 1764. Ao consultar o *coração humano* em busca dos *princípios fundamentais do direito de punir*, BECCARIA<sup>532</sup> constatou que a pena deveria ser proporcional ao fato praticado, não suplantando a medida da *necessidade* para fins preventivos.

Nesta época, em que imperavam os ideários iluministas e jusnaturalistas embasados na linha filosófica do direito natural, a proporcionalidade tinha por finalidade, basicamente, restringir e controlar a intervenção estatal na esfera

---

<sup>528</sup> Por exemplo, ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002. p. 36.

<sup>529</sup> E aqui não se poderia deixar de anotar a sempre valiosa contribuição de Aristóteles, cujo discurso buscava, desde há muito, prestigiar a adoção do “meio-termo” e do “princípio racional” para se chegar à virtude e, portanto, à justiça distributiva. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 337 e ss.

<sup>530</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 45.

<sup>531</sup> Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

<sup>532</sup> “Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 23/24 e 52.

privada (sobretudo no direito de liberdade)<sup>533</sup>, garantindo aos cidadãos<sup>534</sup> um pedaço de liberdade inviolável inclusive pelo próprio monarca.

BARROS<sup>535</sup> relembra que nasceu com JOHN LOCKE<sup>536</sup> a ideia do poder de polícia apenas para limitar direitos individuais em nome de “um interesse coletivo superior, vinculado, portanto, a uma finalidade, em contrapartida a um poder arbitrário. BLACKSTONE já anotava que a liberdade natural só poderia sofrer restrições quando adequadas e necessárias ao benefício de todos”.

Nota-se, portanto, que se está a tratar de princípio jusnaturalmente concebido no âmbito do direito de punir – ao buscar uma punição proporcional ao fato praticado – e juridicamente consagrado, preliminarmente, na seara do direito administrativo – ao buscar uma menor intervenção estatal nos direitos de primeira geração da burguesia europeia através do controle (administrativo) do poder de polícia –, para posteriormente se expandir ao campo do direito

---

<sup>533</sup> Em contraposição a esta concepção jusnaturalista da proporcionalidade, DIMOULIS e MARTINS, para quem “não faltam autores que consideram que a ideia da proporcionalidade já se encontrava no denominado “Código de Hamurabi” e na Bíblia (Gomes, 2003, p. 41). Além do erro metodológico dessa visão (cfr. Sabadell, 2003), a busca de tais “origens” desvirtua o significado da proporcionalidade. Não se busca constatar se as pessoas reagem de forma racional e se o legislador estabelece, por exemplo, penas leves para infrações que considera leves e penas graves para infrações que considera graves. Aquilo que se busca é elaborar uma ferramenta jurídica confiável para responder ao problema concreto da limitação do legislador infraconstitucional.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184. Contudo, a visão da proporcionalidade enquanto mera ferramenta diretiva da atividade legiferante, além de não ser a posição prevalecente na doutrina e jurisprudência, não parece contemplar, aos nossos olhos, o verdadeiro alcance e conteúdo axiológico do postulado.

<sup>534</sup> Os “cidadãos” (aqui referidos) tratam-se, notadamente, dos integrantes da classe burguesa, que se encontrava em movimento de expansão nos séculos XVII e XVIII, na Inglaterra.

<sup>535</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 34.

<sup>536</sup> PULIDO igualmente reconhece o surgimento do princípio da proporcionalidade nos ideais contratualistas e jusnaturalistas propagados nos tempos do Iluminismo, especialmente no estado de natureza explicado por John Locke em seu tratado de governo civil, que reconhecia no homem o senhor absoluto de sua própria pessoa, dotado do atributo da liberdade antes mesmo da criação das associações políticas. Para Pulido, “de esta conocida explicación del mito fundacional del Estado se desprenden los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad. En primer término, la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo, o en otros términos, de que em toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo com su propio criterio, elegir sus finalidades particulares y orientarse hacia logro de sus objetivos. En segundo lugar, como correlato de lo anterior, en la concepción contractualista se hace explícita la convicción de que la potestad estatal para intervenir en la libertad solo puede enrijecerse en los casos necesarios y com la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos dos demás y los intereses esenciales de la comunidad.”. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 56.

constitucional, ocasião em que buscou tanto resolver colisões normativas, quanto mediar e controlar as próprias decisões legislativas.

A construção *jurídica* (do conteúdo) do princípio da proporcionalidade se deu a partir da formação dos Estados modernos no século XVIII, quando ganharam força, tanto na Europa ocidental, quanto na América, os diversos movimentos em prol da proteção dos direitos humanos<sup>537</sup>. Ocorre que o conteúdo do brocardo em cada continente é sensivelmente distinto e entender tal distinção é elementar para compreender a adaptação do princípio da proporcionalidade ao direito brasileiro<sup>538</sup>.

### 3.2.1 A proporcionalidade na Europa ocidental

Aponta-se como raiz do princípio da proporcionalidade no sistema *commom law* europeu a Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215<sup>539/540</sup>, documento que pioneiramente pretendeu sujeitar a vontade do rei à vontade da lei – representativa da vontade do parlamento –, contemplando “a *específica*

<sup>537</sup> Vale a menção, aqui, a alguns dos mais conhecidos documentos que buscaram reconhecer e assegurar direitos dos súditos contra os arbítrios do Estado, a saber: a Magna Carta Inglesa de 1225, a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

<sup>538</sup> A importância do estudo da origem da proporcionalidade precisamente na Europa e nos Estados Unidos é bem revelada por Vitalino Canas, para quem “a proporcionalidade está no centro de uma querela entre duas escolas do pensamento, duas metódicas, duas tendências dogmáticas, com fortes e persistentes instanciações na Europa e nos Estados Unidos”. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 18. De fato, os pensamentos contemplados pela escola jurídica europeia – de natureza lógico-formalista e dedutivista – conduzem a uma construção dogmática bastante diferente da escola norte-americana – de natureza anti-formalista e indutivista – no que respeita à definição, aplicação e finalidade do princípio da proporcionalidade. É dizer: o mesmo brocardo assume significado diverso a depender da cultura donde se origina.

<sup>539</sup> Chade REZEK NETO explica que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do direito administrativo, como princípio geral do direito de polícia e evolução do princípio da *legalidade* – impulsionando a criação de mecanismos de controle do poder executivo no exercício de suas funções de modo a evitar arbítrio e abuso de poder – e, num nível constitucional, com a Carta inglesa de 1215, que preconizava que um homem livre, quando cometesse um delito, deveria ser punido na proporção da gravidade deste delito. REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 15-17.

<sup>540</sup> Já Fábio Corrêa Souza de OLIVEIRA, apesar de igualmente vislumbrar na Magna Carta da Inglaterra de 1215 o nascimento do princípio da proporcionalidade, afirma que seu conteúdo está vinculado à garantia do *devido processo legal em sua vertente material*, não ao princípio da legalidade, representando (a proporcionalidade da intervenção estatal na vida privada) um direito fundamental em si. Essa última concepção, adiante-se, é a que concretiza a doutrina desenvolvida em solo alemão, mais precisamente a partir da Constituição de Bonn. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81-88. A propósito, a previsão do devido processo legal na Magna Carta Inglesa de 1215 encontra a seguinte redação: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país” (tradução livre do artigo 39).

*subordinação das sanções criminais a uma ideia de proporcionalidade, quer no momento da definição legal, quer nos momentos da individuação judicial e da execução*<sup>541</sup>.

Já no âmbito da *civil law*, a Constituição Francesa de 1791, que teve como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – a qual já trazia, como visto, menção (implícita) ao princípio da proporcionalidade no âmbito do direito punitivo –, não destoou das ideias iluministas de Rousseau e Montesquieu ao fundar um regime estritamente legalista, impondo a soberania da lei e a superioridade do parlamento sobre os demais poderes (inclusive o Judiciário).

O contrapeso do dogma da legalidade absoluta no regime constitucional francês fora atribuído ao Conselho de Estado<sup>542</sup>, que desempenhava, nesse sistema, o papel (fundamental) de controlar a atuação administrativa, limitando e vigiando o poder de polícia através do exercício de um *juízo de adequação e proporcionalidade* das medidas restritivas impostas pela Administração<sup>543/544</sup>.

A primeira noção de proporcionalidade alheia ao âmbito penal, isto é, a proporcionalidade vista como um princípio *de direito* a serviço do controle *dos atos do Estado* – a legítima proporcionalidade *francesa* como mecanismo de controle policial –, insere-se, pois, (justamente) na seara do direito administrativo, a fim de, diante da legalidade (absoluta), evitar excessos derivados do poder de polícia. Buscava o Tribunal Administrativo estabelecer

---

<sup>541</sup> CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 69. Vale a menção, a ilustrar o pensamento do autor, do artigo 20º da Magna Charta Libertatum, assim (livremente) traduzido “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição [...]”. Note-se que na Magna Carta há forte associação do conceito de proporcionalidade ao direito sancionador (penal).

<sup>542</sup> Ocorre que esse órgão, por paradoxal que pareça frente ao princípio da separação de poderes cunhado justamente por Montesquieu, integrava o próprio poder executivo, atuando, portanto, na jurisdição administrativa.

<sup>543</sup> “A polícia podia intervir da vida dos cidadãos, mas apenas na medida do necessário”. Sintetizou, assim, CANAS a introdução da ideia do princípio da proporcionalidade no direito de polícia prussiano no final do século XVIII, lembrando, ainda, o papel de destaque do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia na definição das primeiras orientações jurisprudenciais pautadas nas diretrizes de adequação, necessidade (ou indispensabilidade) e proporcionalidade *stricto sensu*. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 73.

<sup>544</sup> BARROS explica que “a farta literatura de direito administrativo está a demonstrar que o Conselho de Estado, como órgão superior da jurisdição administrativa, pelos seus valiosíssimos arestos proferidos ao longo de sua evolução, de há muito exerce um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando possa a administração, sob o manto da legalidade, tornar-se arbitrária”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controlo de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 39.



uma relação *proporcional* e de *equilíbrio* entre o *meio* empregado pelo Estado e o *fim* buscado pela lei.

Se no direito francês o princípio da proporcionalidade se apresentou, originalmente, como um desdobramento do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo, no direito alemão, sobretudo com as disposições da Lei Fundamental (1949) e as (valiosas) contribuições do Tribunal Federal Alemão, o brocardo assumiu relevante papel constitucional<sup>545</sup>, consagrando-se como autêntico *direito fundamental*.<sup>546</sup>

Não se pode olvidar que tal Lei Fundamental nasceu após a Segunda Guerra Mundial, marcada, portanto, pela (brutal) transformação de paradigma sociocultural vislumbrada na Alemanha pós-Hitler. Daí a central preocupação com a tutela constitucional dos direitos fundamentais e, por conseguinte, com a limitação do poder estatal, campo fértil para proliferação da proporcionalidade como conceito jurídico. Daí, também, o raciocínio lógico-dedutivo – tradicional à escola europeia – de que o princípio da proporcionalidade encontra fundamento no próprio Estado (democrático e social) de Direito<sup>547</sup>, sendo reconhecido expressamente na Lei Fundamental de Bonn como produto da proteção dos direitos fundamentais<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> Ou, como disse CANAS, transformou-se “num componente essencial de um novo *ius commune global* ou de uma gramática constitucional comum e num critério universal de constitucionalidade”. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 70.

<sup>546</sup> Segundo MENDES, COELHO e BRANCO, “o princípio da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido, após, à Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus, acompanhando a história da defesa dos direitos humanos”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

<sup>547</sup> DIMOULIS e MARTINS, no entanto, consideram que o Estado de Direito é insuficiente para fundamentar o princípio da proporcionalidade, pois nele se insere tão somente a necessidade de lei (reserva legal), sob o aspecto formal, para controle da interferência dos atos da Administração na esfera individual. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180. A posição doutrinária dominante vislumbra, porém, no Estado de Direito, o berço e o fundamento do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de controle de leis restritivas de direitos, pois precisamente nele surge a *reserva legal proporcional*, até então inexistente.

<sup>548</sup> Da Constituição de Bonn extraem-se, para ficar em alguns exemplos, os seguintes dispositivos (que alicerçam a concepção da proporcionalidade enquanto direito fundamental e princípio inerente ao Estado de Direito então instituído na Alemanha ocidental): “Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei. [...] Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Versão original alemã de 23.05.1949. Atualizada por último em 28.03.2019. Tradução de AACHEN, Assis

Foi na jurisdição alemã, portanto, que o princípio da proporcionalidade migrou – e se expandiu – do campo da legalidade do direito administrativo para o campo do direito constitucional, onde completou seu processo de (trans)formação e passou a servir não apenas como critério de aferição de constitucionalidade *de atos legislativos*, mas também como *filtro de legitimidade das decisões judiciais* frente às disposições constitucionais (germinando, assim, o conceito do neoconstitucionalismo<sup>549</sup> e ganhando o contorno que até hoje lhe acompanha)<sup>550</sup>.

---

Mendonça. Revisão jurídica de BONN, Urbano Carvelli. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> > Acesso em: 30.11.2020.

<sup>549</sup> Há quem advogue que assim foi germinado o conceito do *neoconstitucionalismo*. “O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis). Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74. “Importante advertir que não se pretende, com isso, advogar em favor de uma ‘sobreinterpretação’ da Constituição, típica do movimento ‘neoconstitucionalista’. A conhecida expressão é utilizada por Guastini para denominar doutrinadores que sustentam ser possível extrair do texto constitucional normas que pré-disciplinam o conteúdo de todo e qualquer aspecto da vida social e política. Nesse sentido, não haveria espaços de decisão delegados ao legislador. Tal ideia, contudo, não é encampada neste estudo”. SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60.

<sup>550</sup> No sentido de que o princípio da proporcionalidade nasceu no campo do direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, tendo posteriormente migrado ao direito constitucional, passando a encampar a concepção de *filtro de legitimidade constitucional* não apenas dos atos legislativos (reserva legal proporcional), mas das próprias decisões judiciais,, vide (também): SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 234 e FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

Não por outra razão, o Tribunal Constitucional alemão<sup>551/552</sup>, fortemente inspirado pela Constituição de Bonn de 1949, passou a controlar as tentativas legislativas de impor restrições aos direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental, valendo-se, para tanto, do princípio da proporcionalidade enquanto critério de controle do excesso legislativo sob as (agora conhecidas<sup>553</sup>) vertentes da *adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito)*.

A partir das decisões proferidas pelo Tribunal Federal Alemão<sup>554/555</sup>, que utilizou e utiliza, em larga escala, o princípio da proporcionalidade para “*controle*

---

<sup>551</sup> A (importante) decisão da Corte Federal Alemã no caso BVerfGE 30:292 (*Bundesverfassungsgericht*), sobre armazenagem de petróleo, em 16.03.1971, deu o norte para a definição do conteúdo do princípio da proporcionalidade ao assentar que “o meio empregado pelo legislador deve ser *adequado* e *necessário* para alcançar o objetivo procurado. O meio é *adequado* quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é *necessário* quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”. Essa decisão é constantemente lembrada, vide, por exemplo, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 44; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219- 220.

<sup>552</sup> FELDENS aponta outra decisão do Tribunal Federal Alemão como pioneira na estruturação jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. Trata-se da decisão BVerfGE 19, 342 (348), de 1965, em que a Corte, pela primeira vez, explicou que a base do princípio da proporcionalidade “resulta do princípio do Estado de Direito [garantido no art. 20], ainda mais da própria essência dos direitos fundamentais, que são a expressão da reivindicação geral dos cidadãos à liberdade frente o Estado e que pode ser limitada pelo poder público somente enquanto é absolutamente necessário para proteger interesses públicos”. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81. O ex-juiz da Corte Constitucional Federal da Alemanha, Dieter GRIMM, esclarece que, antes desta decisão, mais precisamente desde 1951, a partir da nova ordem constitucional instituída pela Constituição de Bonn, as decisões do Tribunal Federal Alemão não explicavam “nem porque a Lei Fundamental requeria limitação de direitos para ser proporcional, nem especificava como o princípio da proporcionalidade operava. Ele foi introduzido como se pudesse ser tido como garantido”. Segundo GRIMM, a primeira decisão que explicou o modo pelo qual o princípio da proporcionalidade deveria operar foi a BVerfGE 13, 97 (1961), em um caso que tratava de liberdade de profissão. Contudo, apenas em 1965, no julgado acima citado, a Corte desenvolveu o conceito do princípio da proporcionalidade a partir do Estado de Direito. É como se primeiro houvesse nascido o princípio e depois, durante sua aplicação prática, tivesse sido buscada e construída sua origem. GRIMM, Dieter. In: *Proporcionalidade na Jurisprudência Constitucional Canadense e Germânica. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 10(34) 69-84. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i34.78>> Acesso em: 30/11/2020.

<sup>553</sup> E que serão abordadas em tópico próprio e momento oportuno.

<sup>554</sup> Também reconhecendo e enfatizando o protagonismo da Corte Constitucional Alemã na construção e difusão do princípio da proporcionalidade, Pavel Holländer assinala que “*La Corte Constitucional de la República Federal de Alemania derivó el principio de proporcionalidad del principio del Estado de derecho [BVerfGE, 61, 126 (134), BVerfGE, 80 109 (120). Desarrolló también la estructura de este método de la aplicación del derecho constitucional.*”. HOLLÄNDER, Pavel. El principio de proporcionalidad: ¿ variabilidad de su estructura? In: PONS, Marcial. *La Teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Jan-R Sieckmann (ed.). 2011, p. 211.

<sup>555</sup> PULIDO igualmente ressalva que “*la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido precursora en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos*”. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los

de razoabilidade das leis mediante um parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade<sup>556</sup>, a Europa ocidental experimentou verdadeira virada científica no âmbito jurídico, de modo que países como Portugal, Espanha, Itália e Áustria – e, mais tarde, o Brasil – igualmente passaram a se valer da proporcionalidade para controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Enfim, nota-se que a jurisprudência construída no Tribunal Federal Alemão a partir da década de 50 foi determinante para a aceitação e difusão do princípio da proporcionalidade – em sentido *lato*, isto é, como instrumento norteador da própria racionalidade jurídica e apto a ser aplicado em distintos ramos do direito para fins de controle (do excesso) do poder estatal e aferição da conformidade constitucional dos atos legislativos – nas principais democracias da Europa ocidental e do mundo<sup>557/558</sup>.

### 3.2.2 A proporcionalidade norte-americana

A importância do estudo do princípio da proporcionalidade na Europa Ocidental, sobretudo na Alemanha, decorre do fato de que, naquele âmbito, como visto, inaugurou-se e desenvolveu-se a construção da definição e da

---

derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 65.

<sup>556</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 45.

<sup>557</sup> Renunciamos – por questão metodológica – ao aprofundamento relativo à introdução e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade em todo o continente europeu. Sem dúvida, porém, a inclusão expressa deste princípio na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (de 07.12.2000) contribuiu decisivamente para a difusão do postulado em sua roupagem mais moderna, na Europa ocidental, marcando, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Vide, a propósito, o teor do seu artigo 52: “*qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros*”. Disponível em: < [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 01.12.2020.

<sup>558</sup> Digna de nota, ainda e dada a marcante influência exercida sobre a Constituição Brasileira de 1988, a Constituição Portuguesa de 1976, que, inspirada pela Constituição de Bonn, trouxe em seu texto previsão expressa do princípio da proporcionalidade ao estabelecer limites à atuação legislativa quando tendente a restringir direitos fundamentais: “*Artigo 18º (Força Jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição. 3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*”. Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976.

estrutura do princípio da vedação de excesso<sup>559</sup>, que desde a década de 70 se expandiu para boa parte das democracias mundiais.

Nos Estados Unidos, porém, o reconhecimento do princípio da proporcionalidade – ou razoabilidade, como preferem os americanos – não se guiou pelas diretrizes europeias, sendo inclusive antecedente<sup>560</sup> (e – talvez<sup>561</sup> – alheio) a elas. Na realidade, a origem do princípio da proporcionalidade nos Estados Unidos não se concentra na esfera das limitações às restrições a direitos fundamentais, como na Europa (e, também, no Brasil)<sup>562</sup>.

A proporcionalidade (há muito empregada) na jurisprudência norte-americana surge como um *componente* do próprio sistema do *judicial review* – historicamente impregnado na cultura jurídica dos Estados Unidos –, que tem como pedra angular justamente o devido processo legal.

Pode-se afirmar, assim, que o Brasil *importou e incorporou* (doutrinária e jurisprudencialmente) a estruturação da proporcionalidade *clássica* dos alemães – isto é, adotou os vetores da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, desenvolvidos (principalmente) pelo Tribunal Federal Alemão

<sup>559</sup> O princípio da proporcionalidade é também designado, nos países europeus, de princípio da vedação do excesso, já que inspirado inicialmente, relembre-se, pelo ideal de controlar o excesso de poder estatal nas relações com particulares no âmbito do exercício do poder de polícia.

<sup>560</sup> BARROS aponta que o princípio da proporcionalidade alemão *corresponde* ao princípio da razoabilidade norte-americano, “desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 54.

<sup>561</sup> CANAS atribui essa noção ao fenômeno do *american exceptionalism*, apontando que o modelo americano buscou criar *standards* (casuísticos) *alternativos* ao modelo clássico do princípio da proporcionalidade, buscando resolver colisões normativas e suprir as necessidades do campo de controle de constitucionalidade a partir da ponderação entre meios e fins – como, por exemplo, *balancing*, *rational basis standard of review*, *rationality requirement*, *minimum rationality*, *rationality test*, *strict scrutiny*, *reasonableness*, dentre tantos outros – tal como faz o princípio da proporcionalidade em seu conteúdo clássico desenvolvido pelos europeus. E, não sem antes revelar julgados nos quais a Suprema Corte Americana parece haver utilizado o conceito alemão de proporcionalidade, provoca: “*há verdadeiras e eficientes alternativas, ou aquilo que se julga serem alternativas a esses instrumentos são apenas sucedâneos com outro nome e estrutura?*”. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 127-134.

<sup>562</sup> NOVAIS sintetiza com precisão a dicotomia do espírito da proporcionalidade na Europa e nos Estados Unidos: “enquanto que na Europa, particularmente sob influência da experiência alemã, a síntese do processo de racionalização e dessubjectivação do recurso à ponderação de bens gira em torno da sua integração e aplicação concreta nos quadros do princípio da proporcionalidade em sentido lato, nos Estados Unidos da América, sem se desconhecer, como se verá, esse instituto, a síntese opera-se, sobretudo na standardização dos procedimentos de controle e na cristalização tendencial dos seus resultados em regras de aplicação geral e abstracta”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Composição e Edição Coimbra – Editora Ltda., 2003, p. 643.

para fins de proibição de excesso, inserindo essa disciplina (constitucional) na seara dos *limites aos limites* dos direitos fundamentais<sup>563</sup>.

Contudo, à míngua de previsão constitucional apta, *prima facie*, a balizar a aplicação prática da *razoabilidade* (ou proporcionalidade), buscou o judiciário brasileiro espelhar seu fundamento no direito norte-americano, especificamente na cláusula do devido processo legal<sup>564</sup> (essa, sim, expressamente reconhecida pelo Constituinte brasileiro de 1988<sup>565</sup>)<sup>566</sup>.

Daí se nota que o estudo, mesmo breve, da estruturação do princípio da proporcionalidade nos Estados Unidos é particularmente relevante a este trabalho, pois dele decorre (parte do) fundamento do princípio da proporcionalidade no Brasil, sobretudo após a Constituição da República de 1988.

A história (constitucional) norte-americana é notadamente distinta da história europeia. Enquanto na França, no período pré-revolucionário, buscava-se fazer imperar a força do parlamento (da lei) em face do monarca – o que justifica a criação de um princípio focado em controlar, originalmente, os excessos da polícia, controlada pelo rei –, nos Estados Unidos o parlamento não gozava do mesmo poder e confiança, sendo as colônias americanas

---

<sup>563</sup> E isso é notado, por exemplo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de Recurso Especial nº 18.331 – apontada como a primeira decisão a referir o ideal do princípio da proporcionalidade no Brasil, já no ano de 1953, sob relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. Neste precedente a Corte assentou que “não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”, fazendo uso, portanto, da proporcionalidade (alemã) enquanto instrumento de contenção de excessos legislativos. O aprofundamento da *ratio decidendi* mencionada pode ser verificado na obra de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO e GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275

<sup>564</sup> A influência norte-americana na jurisprudência brasileira nota-se, particularmente, após a Constituição de 1988. Veja-se, por exemplo, a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 855, também citado pelos autores MENDES, COELHO e GONET, em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal consignou que o princípio da proporcionalidade trata-se de “postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal em sua acepção substantiva (art. 5º, LIV)”, declarando inconstitucionais, porquanto desproporcionais, as restrições aos direitos dos partidos políticos contempladas na Lei 8.713/93”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO e GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

<sup>565</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*.

<sup>566</sup> Sobre essa (aparente) junção dos conceitos da proporcionalidade clássica europeia e da razoabilidade estadunidense, conformando a concepção da proporcionalidade brasileira, vide CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 92/93.

naturalmente desenvolvidas em um sistema federal republicano, através do qual se atribuía à *sociedade* o controle de todos os atos estatais, sobretudo os parlamentares – o que justifica o protagonismo *do judiciário* na construção e aplicação do direito, bem como no *controle dos atos parlamentares* (designado *judicial review*<sup>567</sup>)<sup>568</sup>.

No famoso caso *Marbury x Madison* (de 1803) a Suprema Corte norte-americana inaugurou o movimento constitucionalista moderno ao reconhecer a supremacia da Constituição e, a partir dela, o controle judicial dos atos legislativos através da verificação da *razoabilidade* da lei, assentando, assim, as raízes do controle de constitucionalidade na cláusula – propositalmente aberta e ampla na Constituição dos Estados Unidos – do devido processo legal.

Até então, porém, a concepção de devido processo legal nos Estados Unidos cingia-se ao viés adjetivo, associado à legalidade e buscando fossem atendidas as garantias processuais formais e procedimentais, sobretudo no âmbito do direito penal<sup>569</sup>. A face substantiva da regra americana do *due process of law*, que é a que (mais) interessa aqui compreender, acabou sendo judicialmente construída – e disseminada em variados *standards*<sup>570</sup> –, para fundamentar o controle de constitucionalidade de leis, a partir do exercício de um *juízo de razoabilidade* da atividade legiferante pelo Poder Judiciário (também chamado reserva de lei proporcional).

Basicamente, a Suprema Corte norte-americana submetia as leis a um *teste de razoabilidade*. Conquanto não houvesse critérios objetivos e estanques

---

<sup>567</sup> “Algo aconteceu e qualificou o instituto americano que faltou ao precursor inglês. (...) A natureza federal do Estado Americano determinou, por um processo espontâneo de crescimento, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, sempre, naturalmente, concorrendo as demais causas históricas. Na Inglaterra, sem se subestimar a supremacia parlamentar, a natureza unitária do Estado não propicia a eclosão de tal poder”. BITAR, ORLANDO. *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, p. 90. v. 3.

<sup>568</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 56-57.

<sup>569</sup> “Compreendia, além da exigência de uma denúncia formal embasada em lei (proibição de edição de *bill of attainder*), a proibição de leis retroativas (*ex post facto law*), a impossibilidade de ser duplamente julgado pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*)”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 58-59.

<sup>570</sup> Para aprofundamento no estudo destes standards – *a rule of expediency*, *o balance of convenience*, *a rule of reasonableness* e *a rule of certainty*, dentre outros – vide BITAR, ORLANDO. *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, p. 90 e ss. v. 3.

para orientar a aplicação deste teste<sup>571</sup>, buscavam os juízes da mais alta Corte do país avaliar, basicamente, se havia razoabilidade na lei do ponto de vista de sua *finalidade*, dos *meios* previstos para alcance dos objetivos visados e da *necessidade e magnitude* das restrições a liberdades individuais eventualmente contidas no texto legal. Todo esse controle orientava-se pelas diretrizes econômicas e sociais vigentes à época da produção legislativa, numa legítima *interpretação histórica* da lei submetida à Corte.

Surge, assim, nos Estados Unidos, sob o manto da *razoabilidade*, aquilo que na Europa ocidental – e posteriormente no Brasil – se designara *princípio da proporcionalidade*<sup>572</sup>.

Estudos sugerem que o emprego da proporcionalidade – enquanto uma expressão do devido processo legal em sua face substantiva – foi realizado pela primeira vez na Suprema Corte norte-americana no ano de 1857, no julgamento do conhecido caso *Dred Scott v. John F. A. Sandford* (servindo de pano de fundo, diga-se, para uma das mais lamentáveis decisões proferidas na história da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>573</sup>, relacionada à escravidão).

---

<sup>571</sup> E aqui reside o ponto mais sensível às críticas quanto à fase substantiva do *due process of law*, já que, de fato, a ausência de definições objetivas e rígidas para o *teste de razoabilidade* das leis abre margem para prolação de decisões dotadas de alto grau de subjetivismo e pressionadas pelos interesses sociais dominantes. De outro lado, porém, não se ignora que o regime de liberdade interpretativa atribuído sistemicamente aos juízes norte-americanos (que um dia veio a se designar *judicial activism*) em tudo coaduna com o contexto histórico que envolveu a cultura jurídica norte-americana e o sistema do *common law* vigente naquele país desde sua origem.

<sup>572</sup> No sentido de que “na doutrina norte-americana o princípio origina-se do devido processo legal”, confira-se TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 680-685. Igualmente: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 55-65. Ainda: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Por fim: FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.

<sup>573</sup> O caso *Dred Scott v. John F. A. Sandford* tratou da (in)constitucionalidade de uma lei aprovada pelo Congresso Nacional que pretendeu assegurar a liberdade dos escravos que saíssem de estados não escravagistas e eventualmente passassem a morar em estados que ainda admitiam a escravidão, prevendo uma espécie de “direito adquirido” à liberdade aos escravos que já haviam vivido em estados livres. Ao submeter tal lei ao crivo do *teste da razoabilidade*, a Suprema Corte entendeu que o ato legislativo era inconstitucional por ofender o princípio do devido processo legal substantivo. Segundo entendeu a Suprema Corte, os negros, que àquela altura não eram considerados sujeitos de direitos, não poderiam deixar de pertencer à propriedade de alguém (serem “desapropriados”) simplesmente por uma mudança de endereço, posto que tal permissão violaria o direito de propriedade do “dono do escravo” – esse, sim, sujeito de direitos – injustificadamente e sem qualquer contrapartida indenizatória. Por mais repugnante que seja o precedente, fato é que nele se apresentou o emprego da regra do *due process of law* em sua vertente material, porquanto enfocada na razoabilidade da lei em relação à finalidade e meios nela previstos à luz do contexto social, econômico e histórico vivenciado à época. Para aprofundamento, vide: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



Percebe-se, assim, que o princípio da proporcionalidade fora introduzido no sistema *common law* norte-americano no âmbito da Suprema Corte estadunidense, conquanto em precedente digno de repúdio e esquecimento, fortemente associado à noção de que a atuação do Poder Judiciário não estava reduzida à mera revisão formal da lei (devido processo legal adjetivo), fazendo igualmente parte da função jurisdicional do Estado *aferir a razoabilidade do conteúdo normativo*, filtrando-lhe a constitucionalidade (devido processo legal substantivo).

### 3.2.3 A proporcionalidade no Brasil

A Constituição Federal brasileira de 1988, como já adiantado, não possui previsão expressa do princípio da proporcionalidade. Isso não impediu, porém, que o princípio originado em solo europeu fosse importado ao nosso Estado, contando, para isso, (também) com o auxílio da fundamentação desenvolvida na jurisdição norte-americana.

A verdade é que – e parece óbvio afirmar – a expansão do uso do princípio da proporcionalidade no Brasil guarda relação com a história da evolução do princípio no mundo.

Antes da Constituição de 1988, tem-se notícia da utilização do *critério* da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de modo até mesmo inconsciente<sup>574</sup>, por primeiro, em precedentes relacionados ao controle de legitimidade de atos administrativos<sup>575</sup>. À época, a proporcionalidade era empregada – timidamente, diga-se, em vista da (então) força do dogma da separação de poderes – na clássica acepção francesa de controle (do excesso) dos atos do poder público.

---

<sup>574</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Forense, 1989, p. 192.

<sup>575</sup> BARROSO sinaliza alguns julgados que ilustram o que aqui se afirma, a saber: Remessa *ex officio* n. 110.873-DF, TFR, relator Min. Washington Bolívar, DJU, 26 fev. 1987 (que considerou inviável que delegados pudessem ser reprovados no teste de esforço físico após serem aprovados no concurso); MS 101.898-DF, TFR, relator Min. Leitão Krieger, DJU, 22 maio 1986 (que concebeu a ocorrência de discriminação quando a reprovação de candidatos à carreira diplomática (já aprovados nas provas intelectuais) fosse embasada na entrevista pessoal) e RTJ, 722:1130, 1987, RE 111.411-8-RJ, relator Min. Carlos Madeira (que considerou inconcebível o então denominado “julgamento da consciência”, que possibilitava a exclusão de candidatos à carreira da magistratura com base em exame de sua vida pública e privada). BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

Posteriormente, à similitude do que se verificou no continente Europeu, a proporcionalidade brasileira teve seu alcance estendido – do controle de atos administrativos – para o controle da razoabilidade (também) dos atos do Poder Legislativo, procurando coibir o excesso ou desvio de poder<sup>576/577</sup>.

Na ocasião, além de não contemplar (propriamente) o termo “princípio da proporcionalidade”, tais precedentes parecem ter importado e endossado, quase sem intenção, uma (ampla e indefinida) visão da razoabilidade como (somente) critério limitador das limitações de direitos ou, de modo mais elegante, um “*elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais*”<sup>578</sup>, sem, entretanto, dedicar-lhe muita atenção ou esboçar esforço retórico em prol de sua fundamentação jurídica.

Após a promulgação da Constituição de 1988, e (em decorrência) da positivação do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro<sup>579</sup>, o Supremo Tribunal Federal parece haver atribuído *uma nova face* ao princípio da proporcionalidade – que não exclui a antecedente, senão apenas constitui mais uma etapa do processo de expansão do princípio no Brasil –, conferindo-lhe a concepção (norte-americana<sup>580</sup>) do devido processo legal *substantivo* para fins de controle de constitucionalidade das leis submetidas ao teste de razoabilidade.

Isso fica bastante evidente quando se verifica que o primeiro precedente<sup>581</sup> do Supremo Tribunal Federal a mencionar expressamente o termo

---

<sup>576</sup> A título de exemplo, confira-se: Recurso Especial nº 18.331, Relator Ministro Oroszimbo Nonato, RF, 145/164 e s., 1953; HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44/322; Representação nº 930, Relator Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-1977; Rp. 1.054, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 110/937.

<sup>577</sup> Ressoando, novamente, a marcante influência da escola francesa/alemã acerca da necessidade de controle do poder estatal pelo judiciário.

<sup>578</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

<sup>579</sup> “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (Art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

<sup>580</sup> BARROS aponta, nesse aspecto, aquilo que enxerga como uma *dificuldade prática* na utilização do princípio do devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988, como fundamento do princípio da proporcionalidade: o significado do *due process of law* na América do Norte não corresponde(ria) ao significado do devido processo legal brasileiro, que, em sua visão, está muito mais ligado à tradicional ideia de garantia da ordem processual/procedimental em prol do cidadão (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 64.). Em oposição a essa ideia, OLIVEIRA apela à máxima hermenêutica “*onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir*”, para então concluir que se o art. 5º, LIV, da CF não diferencia devido processo formal e material, “*não subsiste discriminação interpretativa para excluir o devido processo legal substancial da previsão do texto*”, ideia que nos parece a mais coerente, sobretudo diante da abertura conceitual do princípio. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 108.

<sup>581</sup> Cita-se como pioneira na utilização da expressão princípio da proporcionalidade a decisão *liminar* proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1993, na Ação Direta de

*princípio da proporcionalidade* é posterior à Constituição de 1988, reforçando a ideia (por muitos defendida) de que o fundamento jurídico do princípio da proporcionalidade entre nós encontra-se no art. 5º, LIV, da Constituição da República, isto é, na garantia do devido processo legal substantivo (ou reserva de lei proporcional)<sup>582</sup>.

Diante disso, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se toma exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.<sup>583</sup>

Essa noção da proporcionalidade enquanto *direito fundamental em si mesma*, imanente à Constituição Federal, é a adotada na condução do presente estudo, pois não parece razoável conceber um Estado Democrático de Direito dissociado do objetivo (primeiro e último) de justiça, somente alcançável, a nosso aviso, pelo caminho da proporcionalidade.

Esclarecida a origem e introdução do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, é possível – e necessário – partir para a (difícil) missão de conferir-lhe (alguma) definição jurídica.

---

Inconstitucionalidade nº 855, que considerou inconstitucional a lei paranaense nº 10.248/93, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões comercializados pelas distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo quando da sua venda ou substituição. Nessa decisão liminar, que restou confirmada quando do julgamento do mérito da ADI, o STF reconheceu expressamente a “*violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos*” (ADI 855 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01/10/1993). Aqui fica claro, também, que o Supremo Tribunal Federal, desde o princípio, não procurou fazer distinção entre os termos proporcionalidade e razoabilidade.

<sup>582</sup> OLIVEIRA extrai o âmbito material do princípio da proporcionalidade de diversos dispositivos constitucionais, afirmando que “já é possível descobri-lo no preâmbulo da Constituição, pela enunciação do Estado Democrático vinculado, por cerne aos direitos fundamentais”. Para o autor, o princípio da proporcionalidade encontra-se “na previsão do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF), na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), no conjunto de direitos fundamentais, na abertura do ordenamento positivo (art. 2º, §2º, da CF)”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

<sup>583</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

### 3.3 PROPORCIONALIDADE: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO INDETERMINADO

Quando se pensa na ideia de *proporcionalidade*, (alguns) conceitos correlatos vêm – de modo instantâneo e automático – à mente: equilíbrio, ponderação, harmonia, relação equânime entre duas grandezas ou entre meio e fim, medida justa, razoabilidade, moderação, dentre (tanto) outros, o que pode levar à (enganosa) impressão de que se trata de um conceito simples de se alcançar.

De fato, e como já se constatou<sup>584</sup>, a proporcionalidade é mais simples compreender do que definir; é mais fácil sentir do que conceituar<sup>585</sup>.

A verdade é que o princípio da proporcionalidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional<sup>586</sup>. Eis a razão de, enquanto princípio geral do direito, servir de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

A dificuldade na definição do princípio da proporcionalidade é inerente à toda e qualquer tentativa de definição de uma cláusula aberta. E essa abertura, longe de lhe retirar força<sup>587</sup>, é justamente o atributo que propicia a sua utilização como um princípio geral de direito – ou uma “metanorma”, ou uma “norma sobre

---

<sup>584</sup> “Sua definição é aberta, carece de densificação, não é indubiosamente precisa. Sendo assim, podemos verificar um aparente paradoxo: a conceituação do mandamento acontece através de um conceito indeterminado. Nada há de espantoso. Isto é próprio dos princípios, notadamente daqueles constitucionais.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88. Em idêntico sentido: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.” BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, mar/1997, p. 159.

<sup>585</sup> Embora não se desconheça o contributo aristotélico que há muito prega que a justiça está no “caminho do meio” – definindo em boa medida o que seria algo proporcional –, a utilização deste axioma enquanto princípio (geral) de direito não prescinde da conformação de seu conteúdo a uma dada fórmula jurídica, sem o que o seu próprio valor no mundo do “dever-ser” estaria ameaçado.

<sup>586</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

<sup>587</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 92.

a aplicação de outras normas”, ou um “postulado constitucional<sup>588</sup>” – ao longo dos tempos.

É precisamente por isso que sua conceituação advém do seu uso – e não o inverso –, podendo (e devendo) inclusive variar (caso a caso)<sup>589</sup>. É dizer: primeiro se escolhe o caminho da proporcionalidade, que é (sempre) o caminho da justiça, depois se define a sua estrutura jurídica, que varia a depender do almejado em dado caso concreto, já que estamos diante de um princípio multifacetado<sup>590</sup>.

Daí se pensar no princípio da proporcionalidade como um *instrumento*, uma *estrutura*, um *mecanismo* de “controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”.<sup>591/592</sup>

Uma vez feita norma, a razoabilidade, como já visto, ganha em objetividade, cientificidade e obrigatoriedade. O objeto do princípio da proporcionalidade é a relação jurídica triangular que se institui entre motivo, meio e fim. O princípio é comumente empregado para aferir a congruência das medidas estatais, porém nada obsta, muito pelo contrário, na realidade tudo indica, seu emprego no âmbito do direito privado. Ele ampara os direitos fundamentais não apenas proibindo restrições descabidas, mas também impondo ações em benefício dos mesmos.<sup>593</sup>

<sup>588</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 164.

<sup>589</sup> “Com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio. Por outro lado, apenas na aplicação desses princípios (e critérios) é que se logra obter a construção de seu significado, legitimação e alcance, pois a cada situação solucionada amplia-se o âmbito de sua incidência.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 234.

<sup>590</sup> Para NOVAIS, a proporcionalidade é um princípio estruturante que constitui o “principal recurso dogmático para a resolução dos problemas difíceis dos direitos fundamentais” no Estado de Direito. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra Almedina, 2019, p. 96.

<sup>591</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 407.

<sup>592</sup> No mesmo sentido, BARROSO: “O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras. Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 384.

<sup>593</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 92. Destaca-se que o autor adota o termo razoabilidade com o mesmo sentido de proporcionalidade *lato sensu*.

Parece evidente, assim, o motivo pelo qual a proporcionalidade (sentido lato) é estudada através dos seus subprincípios – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* –, os quais funcionam como verdadeira fórmula jurídica de aplicação do princípio.

Pode-se dizer, assim, que os subprincípios – ou elementos, ou princípios parciais – da proporcionalidade criam uma relação jurídica triangular entre motivo, meio e fim, subvertendo a (pouco ética) lógica maquiavélica de que os fins justificam os meios. Para a proporcionalidade, os meios, em sendo adequados, justificarão os fins, se forem eles necessários.

Neste cenário, se é possível arriscar a constatação de algum consenso no multifacetado universo pelo qual transita a proporcionalidade, seria no sentido de que se trata de um princípio geral estruturante e norteador do direito – aplicável, portanto, a qualquer disciplina jurídica<sup>594</sup>, a qualquer âmbito/instância do direito –, e cujos efeitos se espraiam a todas as esferas de poder<sup>595</sup>.

#### 3.4 A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA VISÃO CONSTITUCIONALISTA

Antes de se passar à (imprescindível) análise da estrutura do princípio da proporcionalidade, convém (brevemente) realçar o duplo enfoque que baliza a sua aplicação.

Parece intuitivo concluir, diante da ambivalência imanente à própria história/origem do princípio da proporcionalidade, que sua construção enquanto

---

<sup>594</sup> “É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 407.

<sup>595</sup> Nessa linha: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 364; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143; REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 56; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30-31; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 159 ss; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 234; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 92; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 157 e, por fim, NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra Almedina, 2019, p. 96.

conceito jurídico ressoe também esse caráter dúplice. Vale lembrar, por isso, quão distintas eram as razões que fundaram o nascimento do princípio da proporcionalidade no direito europeu – proporcionalidade marcadamente vinculada ao controle do excesso do poder estatal – e no direito norte-americano – proporcionalidade como verdadeiro pilar do *judicial review* e desdobramento da cláusula do devido processo legal substantivo.

E é justamente essa origem ambígua, mas não excludente, que realça a dupla vertente do princípio da proporcionalidade. Se é verdade que a proporcionalidade funciona como estrutura de *contenção de excessos estatais* em prol da proteção dos direitos fundamentais, é lógico que ela sirva, também, de baliza para o *controle da atuação (comissiva ou omissiva) estatal insuficiente* no cumprimento do dever de proteção eficaz dos direitos constitucionalmente assegurados, que nada mais é do que um excesso ao inverso.

Fala-se, assim, em uma dupla face do princípio da proporcionalidade, traduzida, de um lado, na vedação do excesso (*Übermassverbot*) e, de outro, na vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*):

Paralelamente à difundida função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção<sup>596</sup>.

Sob o viés da vedação do excesso, a proporcionalidade é tida como verdadeiro *limite dos limites* dos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*<sup>597</sup>), contemplando a noção de que o Estado somente pode legitimamente restringir direitos fundamentais para efetivar seu dever de proteção e dentro dos limites da razoabilidade – somente alcançada quando há

<sup>596</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 236.

<sup>597</sup> Os limites dos limites “referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269.

harmonia entre motivo, meio e fim da atuação estatal. Nesse aspecto, temos a dimensão do princípio da proporcionalidade que cuida do controle de legitimidade constitucional no âmbito da tutela dos direitos fundamentais<sup>598</sup>.

Já sob o prisma da proibição da insuficiência de proteção, a proporcionalidade permite (constatar e) controlar a deficiência do Estado no cumprimento de seu dever de proteção, seja em decorrência de uma omissão, seja em decorrência de uma atuação ineficaz diante do conteúdo mínimo do direito constitucionalmente assegurado. Trata-se, aqui, de uma conduta estatal *desproporcional em sentido estrito*<sup>599</sup>, pois não existem duas medidas postas em comparação para se verificar qual a menos invasiva, e sim uma medida – ou falta de – aquém ao exigido para uma proteção eficaz<sup>600</sup>.

STRECK<sup>601</sup> afirma que o duplo viés do princípio da proporcionalidade “decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição” e “tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”.

DOTTI<sup>602</sup> vislumbra na própria Constituição Federal de 1988 esta *dupla face* – reforçando a ideia de que o princípio da proporcionalidade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito –, posto que “de um lado contém

---

<sup>598</sup> Nesse sentido, vide DIMOULIS e MARTINS: “a proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como *resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais*, configurando um limite de seu poder limitador.” DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

<sup>599</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

<sup>600</sup> A propósito do tema, vale conferir o (emblemático) acórdão do Supremo Tribunal Federal – entendido como o primeiro julgado a fazer menção à proibição de proteção deficiente, através do voto divergente (que restou vencedor) do Min. Gilmar Mendes - que negou o pedido de reconhecimento de união estável entre uma menina de 12 (doze) anos, que manteve relações sexuais com seu tutor legal (marido de sua tia) desde os 9 (nove) anos de idade e acabou engravidando, passando a alegar que convivia “maritalmente” com ele. A tese da união estável foi suscitada com fundamento no art. 226, §3º, da Constituição Federal, com vistas à extinção da punibilidade do sujeito pela prática do crime de estupro (art. 107, VII, do Código Penal, à época) na esfera criminal. Contudo, o Supremo Tribunal Federal negou o reconhecimento da união estável, invocando, entre outros fundamentos, a proibição da proteção insuficiente da vítima, haja vista que “todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas”. (Recurso Extraordinário nº 418376/MS. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 09/02/2006, DJe 23/03/2007).

<sup>601</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In *Revista Ajuris*. Ano XXXII, n. 97, mar/2005, p. 180.

<sup>602</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 210.



princípios fundamentais de defesa do cidadão frente ao poder estatal (limitação a esse poder) e, de outro, interessada na proteção de bens jurídicos inerentes ao indivíduo e à coletividade, prevê reações penais, civis, administrativas, etc., contra as lesões relevantes aos aludidos bens”.

Perceba-se, contudo, que ambas as faces do princípio convergem ao mesmo objetivo: controlar a atuação do Estado em matéria que implique – ou tenha potencial de implicar – qualquer sorte de restrição a direitos fundamentais, a fim de que seja tal atuação proporcional à finalidade almejada<sup>603</sup>. E, para que isso ocorra, fundamental conhecer a tríplice estrutura de aplicação do princípio da proporcionalidade.

### 3.5 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE

Como visto, a definição do princípio da proporcionalidade ocorre na/decorre da sua aplicação prática<sup>604</sup>. O princípio traduz uma carga axiológica intuitivamente compreensível, mas não passível de uma definição cerrada, sendo por isso que os subprincípios – ou elementos – do princípio da proporcionalidade cumprem a função de lhe atribuir *significância jurídica e aplicabilidade concreta*, tornando-o funcional<sup>605</sup>.

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*), c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*)<sup>606</sup>.

<sup>603</sup> “Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade da ação estatal.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 408.

<sup>604</sup> Nada é proporcional ou desproporcional ontologicamente, mas torna-se desproporcional diante da análise de (determinados) critérios. Nesse sentido: MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 60, pp. 165-204, 2004, p. 175.

<sup>605</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 73.

<sup>606</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375.

Os subprincípios da proporcionalidade, portanto, compõem uma relação jurídica triangular entre *motivo*, *meio* e *fim*, conferindo a estrutura necessária para que os atos estatais sejam *controlados*, de modo a não restringir desproporcionalmente direitos fundamentais. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>607/608</sup>.

Importante advertir que tais subprincípios são *independentes* e devem ser aplicados de forma *sucessiva* e *subsidiária*, respeitando a rígida *ordem* em que estão (aqui e sempre) dispostos. “Noutros termos, a passagem para o critério seguinte pressupõe que o exame anterior tenha sido positivo. Em sendo negativo, a questão já estará solvida, podendo-se concluir pela violação de algum direito fundamental à luz do postulado da proporcionalidade”<sup>609</sup>.

### 3.5.1 O subprincípio da adequação

A adequação<sup>610</sup> dirige o *meio*, que é a ponte entre o *motivo* e o *fim*.<sup>611</sup> É o primeiro passo a ser superado no *teste de razoabilidade* da atuação estatal, o que é bastante lógico, afinal, uma medida inadequada jamais será necessária<sup>612</sup>.

<sup>607</sup> “(...) Uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado.”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 235.

<sup>608</sup> O consenso recai sobre estes três corolários, mas não se ignora certa tendência, em especial entre os autores que se ocupam do tema perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, de inserir um quarto elemento, pressuposto à análise dos outros três, relativo ao exame da legitimidade dos fins que a medida questionada busca atingir. No entanto, como bem aduz DE FILIPPO, “a questão da legitimidade dos fins pode ser inserida no âmbito mais ampliado da adequação, a fim de se verificar se o fim visado se revela adequado aos valores constitucionais”. DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 165.

<sup>609</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 101.

<sup>610</sup> Há quem utilize o termo *idoneidade*.

<sup>611</sup> Eis o motivo de ÁVILA afirmar que a proporcionalidade tem sua aplicabilidade restrita a hipóteses em que existam relação entre meio e fim, devendo o fim ser entendido como “ambicioso resultado concreto”. Para o autor, caso não seja possível constatar e definir os efeitos do meio ou delimitar o fim pretendido ou minimamente verificar a sua promoção, a utilização da proporcionalidade como mecanismo de controle estará comprometida. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 206 e 207.

<sup>612</sup> “Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”. MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas*

No substrato da adequação “averígua-se a utilidade, a idoneidade do meio para atingir o resultado almejado<sup>613</sup>” e deve-se responder ao seguinte questionamento: “o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?<sup>614</sup>”.

Segundo CANOTILHO<sup>615</sup>, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção”.

Veja-se que a tarefa, no campo da adequação, portanto, é (tão somente) verificar a aptidão (ou idoneidade, ou pertinência) do meio para a produção do resultado visado<sup>616</sup>. Não é o momento de avaliar se o meio eleito é o melhor ou o mais eficaz ou se existem outros meios menos graves, pois essas são questões relegadas à esfera (do subprincípio) da *necessidade*.

### 3.5.2 O subprincípio da necessidade

O subprincípio da necessidade – também designado exigibilidade, ou menor ingerência possível, ou proibição de excesso, ou intervenção mínima, ou indispensabilidade<sup>617</sup> – representa o segundo passo na consecução do teste da proporcionalidade. Busca-se, aqui, o equilíbrio entre o significado da intervenção e os fins perseguidos pelo Estado.

Após aferir a idoneidade do meio, deve-se perquirir sobre sua qualidade e quantidade, isto é, se o meio é (efetivamente) indispensável para o alcance do fim desejado e se não pode ser substituído por outro menos lesivo aos direitos

---

técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In *Seleções jurídicas da COAD*. São Paulo, nº 8, jul/1993, p. 15.

<sup>613</sup> OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97.

<sup>614</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 73.

<sup>615</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 264.

<sup>616</sup> “*El principio de idoneidad prohíbe aquellos medios que, sin promover los fines con ellos perseguidos, afectan a derechos fundamentales. Si un medio M, con ser empleado para satisfacer un derecho de protección, no es idóneo para tal fin y vulnera un derecho de defensa, entonces es desproporcionado y, por tanto, inconstitucional. Se aplica lo mismo si la inidoneidad afecta a la relación de M con cualquier outro fin*”. ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Jan-R Sieckmann (ed.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

<sup>617</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 99.

fundamentais. É aqui que a vedação de excesso opera na prática: a necessidade conduz o intérprete a escolher entre dois males, o menor<sup>618</sup>.

Diante da constatação de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante se possa indicar (outra) medida menos gravosa – com menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um resultado melhor, constituindo, conseqüentemente, meio mais idôneo<sup>619</sup>.

Adequação e necessidade não possuem o mesmo *valor*, em termos de relevância, no juízo de ponderação entre os três subprincípios. Isso porque em sendo positivo o teste de necessidade, seguramente haverá sido positivo o teste de adequação. O contrário, porém, não é verdadeiro: se o meio for considerado desnecessário, ainda que seja adequado, restará configurada a quebra da proporcionalidade. É dizer, a adequação não subsiste sem a necessidade<sup>620</sup>.

### 3.5.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

---

<sup>618</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 99, fazendo menção também a Phillippe XAVIER, na obra *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Française*, Aix-Marseille, 1990.

<sup>619</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 77 e ss. A autora relembra que o primeiro julgado do Tribunal Federal Alemão a tratar do tema, em julgamento realizado em 16.03.1971 sobre armazenamento de petróleo, assentou que “é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”.

<sup>620</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito equivale ao juízo de ponderação entre os interesses em concorrência<sup>621/622</sup>. É através dele que se aufere a *justa medida* entre meios e fins. Corresponde à “verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado”<sup>623</sup>.

Acerca da noção de “justa medida”, se trata de “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>624</sup>, a fim de averiguar se o resultado obtido com a intervenção estatal se revela proporcional à carga coativa resultante dela própria<sup>625/626</sup>.

Diz-se, assim, que o elemento da proporcionalidade *strictu sensu complementa* os substratos da adequação e da necessidade, constituindo etapa essencial da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, mesmo que uma medida seja adequada e necessária, pode levar à conclusão final de que a intervenção pretendida não se afigura *equilibrada* quando sopesados os valores

---

<sup>621</sup> Vale esclarecer que para a realização da (mencionada) ponderação, indispensável uma “ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações”. BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, Regras e a Fórmula de Ponderação em Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87 e ss. Ou seja, a ponderação não pode equivaler a um procedimento subjetivo e decisionista, tampouco a um simples método intuitivo. Isso porque a ponderação realizada nestes termos, sob o argumento de combater a arbitrariedade, serviria, ao revés, como justificativa para o arbítrio. Ou, nas palavras de BARCELLOS, seria tal prática ilegítima – em um Estado de Direito – em razão “da ameaça que esse recurso hermenêutico poderia representar em matéria de restrições a direitos fundamentais”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39 e ss. A autora condiciona a legitimidade do uso da ponderação à sua racionalidade e capacidade de justificação, ou seja, é legítimo o uso da ponderação quando os processos lógicos internos do aplicador – que o conduziram à determinada decisão – são transformados em linguagem apreensível e compreensível para a audiência.

<sup>622</sup> Importante esclarecer, nesse ponto, que ponderação e proporcionalidade não são equivalentes, não obstante caminhem de mãos dadas. A ponderação, em verdade, é parte de um princípio mais completo, que é o da proporcionalidade. Nesse sentido: ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. In *Ratio Juris*. V. 16. Oxford: Blackwell, 2004, p. 101 e ss.

<sup>623</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008. p. 235.

<sup>624</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 265.

<sup>625</sup> Essa ideia de “custo x benefício” ou “ônus x bônus” a partir da ponderação dos direitos em zona de afetação é também extraída das lições de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

<sup>626</sup> E daí parece evidentemente acertada a afirmativa de FELDENS de que uma medida será contrária à Constituição sempre que o fim almejado pelo seu emprego se revele, em si mesmo, ilegítimo sob a perspectiva constitucional. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 151 e ss.

e bens afetados<sup>627</sup>: “mesmo que o meio seja adequado e necessário, é forçoso perguntar se vale a pena”<sup>628</sup>.

Nesse plano, diferentemente dos anteriores, não se comparam os *meios*, para verificar a opção (abstratamente) mais eficaz e menos lesiva, e sim os *direitos*, para verificar o preponderante na hipótese concreta<sup>629/630</sup>. É onde ocorrem – e se resolvem – as colisões entre direitos nos casos difíceis.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe ao legislador e (também) ao juiz um mandado de ponderação sempre que vislumbrada uma colisão entre direitos fundamentais: “a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância ou satisfação de outro”<sup>631</sup>.

### 3.6. PROPORCIONALIDADE E SANCIONAMENTO ESTATAL

Através do cenário esboçado nas linhas antecedentes, restou evidenciado que o princípio da proporcionalidade é um princípio *do direito*. Leia-se: não é um princípio especificamente relacionado a um âmbito/a uma instância do direito, mas ao direito *como um todo*.

Se tal assertiva é inconteste, também o é a importância do princípio da proporcionalidade para o âmbito *sancionador estatal*. O direito penal e o direito

---

<sup>627</sup> Nesse sentido, MENDES assinala que “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 44.

<sup>628</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 103.

<sup>629</sup> A propósito da distinção entre os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade estrito senso: “o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 81.

<sup>630</sup> “A aferição da proporcionalidade em sentido estrito, diferentemente dos outros dois corolários, deve levar em conta as possibilidades jurídicas existentes, e não as fáticas, oportunizando-se uma análise de custo-benefício que leve em consideração: (1) o grau de não-satisfação (afetação) de um princípio; (2) a importância de satisfação do princípio colidente e (3) em que medida a satisfação do princípio colidente justifica a afetação do princípio colidente.” DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 165.

<sup>631</sup> Tradução livre de “*la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia la satisfacción del otro*”. ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Vades. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

administrativo sancionador estão (profundamente) atrelados à noção de proporcionalidade, em sentidos diversos.

Veja-se que há, em um primeiro momento, a consideração da proporcionalidade na *eleição das condutas sancionáveis* – ou seja, o legislador, quando da escolha das condutas que serão *criminalizadas* ou *administrativamente sancionadas*, deve observar a proporcionalidade. Depois, há a consideração da proporcionalidade no momento da *escolha de quais – e em que medida/quantidade – sanções serão impostas* àquele que realiza a conduta sancionável<sup>632</sup>.

Não obstante esses dois aspectos sejam os que especialmente interessam ao presente trabalho – tanto assim que objeto dos próximos tópicos –, importa registrar que *não são os únicos*. AGUADO CORREA é certa ao enxergar a proporcionalidade como instrumento mais amplo, servindo, além de expressão de limite à criminalização e de critério de legitimidade entre o ato e a consequência<sup>633</sup>, por exemplo, como critério de correção no bojo da tipicidade<sup>634</sup> e como direcionamento na análise das excludentes de ilicitude<sup>635/636</sup>. Acrescente-

---

<sup>632</sup> Ou, dito de outro modo, “em um primeiro aspecto, deve-se obstar incriminações arbitrárias e, depois, sendo legítima a previsão típica, deve-se evitar a previsão de sanções desproporcionais.” MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 220.

<sup>633</sup> Consequência compreendida, leia-se, não apenas como *pena* – privativa de liberdade, restritiva de direito, multa, etc... -, mas também como os *efeitos da condenação* (genéricos e específicos), bem como as *medidas de segurança*.

<sup>634</sup> “(...) Uma interpretação literal do tipo de furto não enseja o afastamento de punição pela subtração de valor insignificante, assim como a mesma interpretação literal do tipo de homicídio seria inapta a conduzir à atipicidade de alguns casos de eutanásia passiva. Portanto, revela-se imprescindível a utilização de instrumentos corretivo-hermenêuticos do tipo, não apenas para a realização da *justiça no caso concreto*, mas também para, sob um espectro mais ampliado, realinhar-se o Direito Penal à sua verdadeira função de proteção de bens jurídico-penais.” DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 78.

<sup>635</sup> Nesse sentido, basta pensar na ideia da punição por *excesso* em causa excludente de ilicitude. A análise sobre a (in)existência de excesso toca diretamente à noção de (des)proporcionalidade de atuação por parte do agente.

<sup>636</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 137 e ss.

se, ainda, a importância da proporcionalidade como instrumento de controle de medidas processuais penais<sup>637/638</sup>.

### 3.6.1. A proporcionalidade na escolha das condutas *sancionáveis*

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, como visto, impõem uma dupla observância. De um lado, impõem *limites* à intervenção estatal nos direitos individuais, através de uma *vedação de excesso*. De outro lado, impõem intervenções estatais *obrigatórias* na intenção de tutelar direitos individuais, através de uma *vedação de proteção insuficiente*.<sup>639</sup>

O que se está a afirmar é que o efetivo exercício dos direitos e liberdades impõe não apenas limites ao Estado, mas também proibição de omissões por parte do Estado, na intenção de atribuí-lo um (amplo) papel promotor de direitos humanos<sup>640</sup>. Tal característica é típica de um *constitucionalismo dirigente*. “Uma constituição do tipo dirigente ou impositivo contém normas definidoras de fins, tarefas e programas estatais”<sup>641</sup> que vinculam os poderes constituídos e que

---

<sup>637</sup> Pense-se, para concretizar a assertiva em um exemplo, na lei de interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96), cujo caráter subsidiário é expressamente previsto em seu art. 2º, inc. II, que somente admite a adoção desta (grave) medida restritiva se nenhum outro meio de prova estiver disponível. Assim, mesmo que admita a violação do direito constitucional de sigilo das comunicações (art. 5º, inc. XII, CF), para fins de produção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, a legislação especial limita o poder estatal ao estabelecer o prazo máximo de duração da medida (art. 5º da Lei nº 9.296/96). Tem-se, assim, a observância, pelo legislador penal, do princípio da proporcionalidade qualitativa e quantitativamente. Também o julgador, quando da análise da interceptação telefônica no caso concreto, pode concluir pela (des)proporcionalidade da medida.

<sup>638</sup> Pense-se, ainda na intenção de ilustrar a assertiva, na ideia do relaxamento da segregação cautelar do acusado em razão do excesso de prazo na formação da culpa. Tal análise é feita, segundo orientação pacificada dos Tribunais Superiores, através do princípio da proporcionalidade (e da razoabilidade). Vide, por exemplo, STJ, RHC 120044/RJ, Quinta Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, DJe 20.10.2020; STJ, RHC 58.140/GO, Quinta Turma, Min. Rel. Felix Fischer, DJe 17.09.2015, dentre tantos outros.

<sup>639</sup> No desenvolvimento do direito penal – calcado em ideias iluministas – houve evidente ênfase à proibição de excesso e não nos parece tenha sido um equívoco. De fato, o direito penal e o processo penal são instrumentos essenciais de contenção ao poder punitivo e, portanto, devem observar as vedações de excesso. Porém, discordamos que seja (ou deva ser) esse o único enfoque. Há a necessidade de se observar a vedação de proteção insuficiente, seja em razão dos mandamentos constitucionais de proteção – com mandados expressos de responsabilização e criminalização -, seja em razão da própria razão de existir do direito penal e do direito administrativo sancionador. É dizer: eliminar a exigência de tutelar bens/direitos através do direito sancionador é eliminar a própria razão de existir deste ramo.

<sup>640</sup> Eventuais omissões estatais podem implicar (justamente) em violações aos direitos fundamentais cuja efetividade se desejava garantir. Nesse sentido PULIDO, Carlos Bernal. Proporcionalidad, derechos fundamentales y lei penal. In *El principio de proporcionalidad penal*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M. (Eds.) Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 93-117, em especial p. 113 e ss.

<sup>641</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89.



pode ser compreendido como “um programa para o futuro, por meio do qual o Estado e a sociedade estão interligados”<sup>642</sup>.

Assim, no âmbito sancionador, “o espaço de atuação do legislador estaria entre dois limites: a proteção contra os excessos praticados contra o indivíduo (nesse caso, a proteção é em favor do indivíduo) e a proibição de proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado (nesse caso, a proteção é do restante da comunidade ou de indivíduos isoladamente)”<sup>643</sup>.

Inicialmente, é possível afirmar que no âmbito sancionador e com enfoque *na vedação de proteção insuficiente/deficiente*<sup>644</sup>, existem normas constitucionais que criam uma *obrigação*, na medida em que impõem a atuação por parte do legislador: um verdadeiro *dever de legislar*.<sup>645</sup> “Assim, fala-se em ‘imposições legiferantes’ (*Gesetzgebungsaufträge*) ou ‘ordens de legislação’ constitucionais enquanto subespécies peculiares do largo conjunto das ‘imposições constitucionais’ (*Verfassungsaufträge*) em sentido geral”<sup>646</sup>.

Daí se extraem, por exemplo, mandados constitucionais de *criminalização*, em que a Constituição elege, ela própria, o direito penal como o instrumento apto a tratar de referido(s) tema(s) e impõe ao legislador o dever de *sancionar criminalmente*<sup>647</sup>. Tal dever de legislar, ao ser cumprido, transforma-se no exato oposto: uma proibição de revogar a lei expedida, sempre que isso

<sup>642</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40 e ss.

<sup>643</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105.

<sup>644</sup> Para aprofundamento sobre o desenvolvimento desta faceta do princípio da proporcionalidade, recomenda-se a leitura do artigo “Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal”, de autoria de Fábio André Guaragni e Vanessa Milene de Santana, publicado na obra *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 151 e ss.

<sup>645</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais pragmáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 294.

<sup>646</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

<sup>647</sup> FELDENS elencou artigos constitucionais que comportam mandados de *proteção penal*: art. 5º, inc. XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível...”); art. 5º, inc. XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...”); art. 5º, inc. XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”); art. 7º, inc. X (“proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”); art. 225, §3º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”) e art. 227, §4º (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”). FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73 e ss.

significar a *descriminalização* da conduta cuja *criminalização* o constituinte impôs<sup>648</sup>.

No mesmo sentido, há casos em que o constituinte elege o direito administrativo como o instrumento adequado ao sancionamento, prevendo expressamente o dever, por parte do legislador, *de sancionar administrativamente* determinadas condutas<sup>649</sup>.

Em tais casos, a liberalidade do legislador é menor, uma vez que não possui a liberdade de decidir sobre a presença/ausência de sancionamento. Tal decisão está expressamente contida na Constituição. Porém, isso não significa, definitivamente, o enfraquecimento do (uso do) princípio da proporcionalidade. A verdade é que o legislador, mesmo nestes casos, precisará da proporcionalidade para decidir a *qualidade* (a espécie) e a *quantidade* (*quantum*) de sanção imposta – mas isso é assunto para o tópico seguinte.

Diante do até aqui exposto, é correto afirmar que, quando não há dever expresso de sancionar – seja através do direito penal ou do direito administrativo –, o legislador está obstado de atuar? Definitivamente não está correto.

Evidentemente, há condutas que o legislador está, sim, vedado de sancionar, basta pensar em condutas que a Constituição *autoriza* ou mesmo *protege*<sup>650</sup>. Mas há um amplo espaço que não está expressamente tratado pela Constituição – nem em formato de *dever de legislar* (para sancionar) e tampouco em formato de *dever de não-legislar* (para sancionar). E é nesse espaço – em que o legislador precisa (de critérios) para eleger as condutas sancionáveis – que o princípio da proporcionalidade ganha especiais contornos.

---

<sup>648</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

<sup>649</sup> Veja-se, por exemplo, o art. 225, §3º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”) e o art. 37, §4º (“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”).

<sup>650</sup> SCALCON fornece bons exemplos. Veja-se o art. 5º, inc. XVI, da Constituição, que prevê o *direito de reunião* (pacífica, sem arma, em local aberto ao público...). Ora, se a Constituição prevê esse *direito*, não é possível que o legislador sancione, seja através do direito penal ou do direito administrativo, a conduta de se reunir (pacificamente, sem arma, em local aberto ao público...). Veja-se, ainda, o art. 4º, inc. X, da Constituição, que afirma ser a “concessão de asilo político” um dos princípios regentes do Estado brasileiro no âmbito internacional. Se a Constituição compreende o asilo político como princípio regente, parece evidente que não pode o legislador sancionar, seja por qual instância for, tal conduta. SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 67 e ss.

Nesse espaço, o legislador – sempre com a Constituição em mente<sup>651</sup>, evidentemente – elege, com maior liberdade, (determinadas) condutas para sancionar, justamente na intenção precípua de proteger (determinados) bens (jurídicos) e direitos (fundamentais)<sup>652/653</sup>. Ou seja, o legislador passa a sancionar condutas de terceiros que representem agressões a bens e direitos, podendo estes terceiros ser particulares, outros Estados ou mesmo pessoas jurídicas de direito privado, como empresas<sup>654</sup>.

Parece evidente que o legislador assim atue, posto que o Estado é detentor do monopólio da força, vedando ao particular a prática da autodefesa<sup>655</sup>. Assim, os deveres de proteção se apresentam como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípua desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social.<sup>656</sup>

Para eleger as condutas que devem ser sancionadas, conforme esclarece YACOBUCCI, a decisão legislativa deve ponderar (i) a necessidade do exercício sancionatório estatal naquele campo, (ii) a limitação das liberdades (dos sujeitos envolvidos na relação de conflito) que a medida impõe, (iii) os objetivos

---

<sup>651</sup> Dúvida não há de que a Constituição deve servir de freio para o ímpeto legislativo em sancionar. De que modo, porém, a Constituição efetivamente servirá de freio é discussão mais complexa que se confunde, em certa medida, com a (eterna...) discussão sobre a concretização do conceito de bem jurídico. Tal discussão exigiria, para o devido aprofundamento, um novo trabalho.

<sup>652</sup> Para ficar em exemplos simplificados: se X matar Y, naturalmente Y terá um bem/direito seu violado (vida); se X furtar de Y, obviamente Y terá um bem/direito seu violado (patrimônio). É na intenção de proteger tais bens/direitos (vida e patrimônio) que o legislador elege o homicídio e o furto como condutas merecedoras de sancionamento. Homicídio e furto não estão previstos na Constituição como condutas sancionáveis (ou seja, não há mandado de criminalização nesse sentido), mas ninguém questiona que tais condutas devem ser (de algum modo) sancionadas.

<sup>653</sup> Não por acaso SARLET afirma que no âmbito sancionador, os deveres de proteção – por parte do Estado – estão vinculados à teoria da proteção dos bens jurídicos. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. In *Revista Ajuris*, v. 32, n. 98, 2010, p. 131 e ss.

<sup>654</sup> GUARAGNI, Fábio André; DE SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coords.). São Paulo: Almedina, 2016, p. 165.

<sup>655</sup> Lembre-se que o Estado, através do direito penal, inclusive sanciona aquele que atua no exercício arbitrário das próprias razões: art. 345 do Código Penal – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite. Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

<sup>656</sup> Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e também GUARAGNI, Fábio André; DE SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coords.). São Paulo: Almedina, 2016

perseguidos com a aplicação da sanção, (iv) a eficácia do meio empregado e (v) o custo que tudo isso representa<sup>657</sup>.

É nesse ponto que entra em cena, portanto, a outra face do princípio da proporcionalidade: a *vedação de excesso no atuar punitivo/sancionador estatal*.

Considerando que ao sancionar o Estado está tocando em direitos do cidadão, parece evidente que ao prever legislativamente condutas sancionáveis, o Estado precisa estar (efetivamente) resguardando bens e direitos fundamentais do homem.<sup>658/659</sup>

Significa dizer que para uma conduta ser legitimamente sancionável pelo Estado, não basta que a *finalidade* do sancionamento seja louvável, mas também – como afirma SCHÜNEMANN<sup>660</sup> –, que seja adequado, necessário e, conseqüentemente, proporcional à obtenção do fim. É dizer, não pode produzir *mais danos do que benefícios*.

LUZON PEÑA – que trata do tema dentro da noção de *idoneidade* – afirma que o sancionamento não pode ultrapassar aquilo que seja adequado aos fins, seja em relação a todos, seja em relação ao autor individual. Assim, por exemplo, o autor rejeita sejam selecionadas como sancionáveis condutas que são, em verdade, amplamente aceitas pela sociedade<sup>661</sup>. TAVARES, pela mesma razão,

<sup>657</sup> YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBdeF, 2017, p. 702.

<sup>658</sup> “*Todo o mandato o prohibición penal es una intromisión en la libertad general de actuación. En un Derecho interventor propio de un Estado de Derecho, dicha injerencia precisa una justificación general y una específica; justificación que se infiere del fundamento y la consideración de los límites de la libertad general de acción. En Derecho penal, um límite – si es que no el límite – de la libertad general de actuación viene dado por la intervención lesiva para un bien jurídico protegido...*”. HASSEMER, Winfried. “*Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*” In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ?Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104, especialmente p. 99.

<sup>659</sup> E, nesse ponto, cabe fazer a distinção feita por PIERANGELI e ZAFFARONI: direito penal *versus* puro exercício do poder. A efetividade do direito penal, para os autores, é a capacidade de desempenhar uma autorrealização humana e permitir a coexistência (ou seja, para ser direito penal, precisa estar *antropologicamente fundamentado*). Sem isso, não há direito penal, mas puro exercício do poder. Os autores, então, afirmam que o direito penal pressupõe as seguintes condições mínimas: a) regula condutas humanas (coisas e animais, bem como fatos físicos, estão fora de seu alcance); b) não pode ter contradição em suas valorações (proibir e não proibir a mesma conduta); c) não pode ter contradições com as leis da física (exigindo o impossível ou punindo o evidente) e d) tem de reconhecer a autodeterminação do homem (sob pena de compelir mecanicamente ao invés de motivar...). ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 348 e 349.

<sup>660</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en um estado de derecho liberal*. In *Límites ao Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, p. 67 e ss.

<sup>661</sup> O autor entende que, nesses casos, a lei sancionadora é incapaz de representar uma efetiva mensagem aos destinatários, como no caso – ainda para o autor – da conduta de abortar e do

assenta que não pode o legislador sancionar condutas que “irão ocorrer de qualquer forma”<sup>662</sup>.

É diante desse cenário que DE FILIPPO aponta, também, a desproporcionalidade de leis que possuem caráter meramente simbólico<sup>663</sup> e das leis sancionadoras que buscam resguardar meras moralidades<sup>664</sup>.

SCALCON busca – na intenção de estabelecer critérios mais claros para a eleição de condutas sancionáveis – adensar os subprincípios da proporcionalidade especificamente no âmbito do direito penal<sup>665</sup>:

(...) Quais elementos devem ser considerados quando dos subexames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito? Em relação à *adequação*, deve-se indagar se o meio eleito conduz “à promoção gradual” do fim *externo* cujo alcance é almejado. Já o requisito da *necessidade* exige que a medida empregada seja, dentre as disponíveis e *igualmente* eficazes, a que menos gera “efeitos

---

uso próprio de drogas. LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal, parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 22. Nesse ponto, há proximidade com a ideia doutrinária/jurisprudencial de compreender a *adequação social* como um princípio geral de interpretação. Segundo Welzel, o direito penal trabalha tão somente com condutas que contem com relevância social; daí deduz-se, conseqüentemente, que as condutas consideradas socialmente adequadas – ou socialmente amplamente aceitas – não se revestem da força necessária para constituir um delito. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 12. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987, p. 83.

<sup>662</sup> TAVARES adota o exemplo da criminalização de relações sexuais fora do casamento, entre adultos, com o intuito de prevenir a propagação da AIDS. Segundo o autor “ademais de não violar qualquer bem jurídico, salvo a moral do legislador, tal criminalização seria absolutamente inidônea para prevenir a doença, que pode ser inoculada por outros meios e não apenas pela relação sexual, e só pode ser contida ou controlada por medidas sanitárias.” TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 78.

<sup>663</sup> “Todavia se, por um lado, a existência de simbolismos nas leis penais é considerada absolutamente natural, critica-se a existência de um *Direito Penal simbólico*, indesejado fenômeno que adquire redobrado fôlego a partir da primazia da emergência, que encerra um dos principais fatores da hipertrofia penal e, conseqüentemente, da desproporcionalidade de suas leis, por meio da criação de uma série de disfuncionalidades em seus âmagos. Decerto, ele é caracterizado pelo predomínio da função simbólica da lei, em detrimento de sua função jurídico-instrumental, desvelada na proteção de bens jurídicos, estampada no tipo e apreendida por métodos hermenêuticos próprios.” DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 82.

<sup>664</sup> “(...) Condutas meramente contrárias àquilo que certo grupo, ainda que majoritário, reconhece como eticamente reprováveis não bastam para legitimar a ação (penal), na medida em que, em tais casos, não haverá de se cogitar de lesão aos pressupostos de uma convivência pacífica”. DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 95. A ideia de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico. O direito, segundo tal tese, não reproduz e nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional – ou, ainda, de valores ético-políticos. Nesses termos: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

<sup>665</sup> GOMES inverte a ordem dos subprincípios quando a proporcionalidade diz respeito às normas penais. A autora defende que a análise da necessidade precede à da adequação, à medida que, preliminarmente, deve haver o exame acerca da necessidade de que determinada conduta seja incriminada para, só então, analisar-se a probabilidade de determinada incriminação vir a cumprir as funções a que se propõe o direito penal. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

colaterais”, isto é, a que restringe em menor medida direitos fundamentais contrapostos. Finalmente, a *proporcionalidade em sentido estrito* fecha o ciclo iniciado, questionando se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado a outros direitos fundamentais. Como se pode perceber, tem-se, um último caso, um juízo de ponderação.<sup>666</sup>

A autora, em seguida, (compreensivelmente) confessa que as definições lançadas parecem, à primeira vista, suficientes para solucionar a questão. Trata-se, no entanto, de juízo simples somente em aparência, vez que são inúmeros os problemas que surgem quando da sua efetiva aplicação.

No que refere à *adequação*, por exemplo, é preciso verificar se o meio eleito (sancionamento da conduta X) conduz “à promoção gradual” do fim almejado, que é – e esse ponto sequer é pacífico, mas é o que aqui se adota – a proteção de bens jurídicos relevantes. Não bastasse o problema relacionado à própria falta de unanimidade sobre o verdadeiro fim almejado<sup>667</sup>, bem como as críticas sobre o meio eleito<sup>668</sup>, SCALCON aponta outros dois: (i) a análise deve se basear em presunções sobre o que normalmente ocorre (experiências passadas/internacionais) ou deve utilizar dados empíricos, concretos e atuais, da realidade brasileira? e (ii) a análise é feita apenas pelo legislador, no momento

<sup>666</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 101 e 102.

<sup>667</sup> Já tivemos a oportunidade de nos manifestar a respeito do tema em artigo escrito juntamente com Alexey Choi Carunho. Naquela ocasião, apontávamos que a *adequação* exige que as limitações dos direitos fundamentais – que supõe toda e qualquer sanção –, devam contribuir para alcançar um fim ou um objetivo legítimo e que, portanto, indispensável uma definição de um posicionamento teórico a respeito da própria função da sanção: se está voltada à proteção de bens jurídicos, à confiança da norma, a fins de reinserção ou reeducação do sancionado, à intimidação social, à busca (ou não) de consequências simbólicas e comunicativas, etc. BACH, Marion; CARUNCHO, Alexey Choi. A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade. In *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 567.

<sup>668</sup> “Seria ingenuidade desconhecer que o fenômeno punitivo é enormemente complexo e heterogêneo, adquirindo a pena aspectos diferentes caso seja aplicada a um jovem que cometeu ocasionalmente um delito contra propriedade e a quem é melhor oferecer uma nova oportunidade, a um membro corrupto do governo, a um marido que maltratou fisicamente a sua esposa durante anos, a um terrorista convencido de que a luta armada é irrenunciável, a um condutor que atropelou imprudentemente um pedestre, a um ditador que delineou uma política de violação massiva e sistemática de direitos humanos em seu país, ao que cometeu um delito econômico para beneficiar a sua empresa ou a um sociopata que cometeu vários homicídios e delitos contra a liberdade sexual”. BACH, Marion; CARUNCHO, Alexey Choi. A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade. In *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 572 e 573. Entretanto, “sem desconhecer as diversas facetas que se escondem atrás dessa instituição, em permanente crise de legitimidade, todos esses fenômenos devem obedecer a uma razão ou a um conjunto de razões que justifiquem sua existência”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – uma breve análise das teorias da pena*. Tradução de Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 14.

da promulgação da lei, ou deve ser (constantemente) (re)feita pelo julgador, considerando o exame evolutivos dos dados?<sup>669</sup>

Coaduna-se com as conclusões da autora. Parece evidente que o meio adequado tem de considerar dados concretos, da realidade brasileira, inclusive considerando o (espírito do) tempo em que se está a julgar. Leia-se: não basta que o legislador verifique a adequação quando formula a lei, sendo indispensável – sob pena de um direito sancionador inefetivo ou meramente simbólico – que o julgador (re)faça constantemente a análise, com os (novos) dados de realidade disponíveis.

No que refere ao subprincípio da *necessidade*, por sua vez, é preciso verificar se (não) há outro meio *igualmente eficaz ao utilizado*, mas *menos restritivos aos direitos fundamentais*. Há, também quanto a este ponto, questionamentos: (i) o Estado está obrigado a eleger a medida que mais promove o fim objetivado?, (ii) ou o Estado está obrigado a eleger o meio que menos causa restrições, mesmo que não gere o máximo da promoção do fim almejado?, (iii) ou, ainda, deve o Estado considerar conjuntamente ambas as questões, buscando a melhor ponderação entre “perdas e ganhos”?<sup>670</sup>

Quanto a esta controvérsia, entende a autora que não se deve buscar a medida mais *eficaz*, mas a mais *harmônica* com a Constituição (como um todo). Entra em cena, então e aqui, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).

Esclareça-se, inicialmente, que não se ignora que há distinções entre a legitimidade sancionatória *penal* e a *administrativa* – como restou evidenciado no primeiro capítulo. Por ser o direito penal a *ultima ratio* estatal<sup>671</sup>, está o legislador vedado de *criminalizar* condutas que não possuam um mínimo de substrato empírico (o que fundamenta a atipicidade de lesões insignificantes ao bem jurídico), bem como está o legislador vedado de criminalizar comportamentos que revelem mera violação de dever geral ou mera posição no

---

<sup>669</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 103 e ss.

<sup>670</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 105 e ss.

<sup>671</sup> “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar em cena somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962, t. 1, p. 31. Decorre daí os (conhecidos) subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade no direito penal.

âmbito de um complexo organizativo<sup>672</sup>. Mas, especialmente, está o legislador proibido de *criminalizar* uma conduta que pode ser satisfatoriamente punida através de outra instância.

Portanto, o legislador, ao eleger a instância através da qual sancionará determinada conduta – desde que já assentado que tal conduta mereça, de fato, ser sancionada – precisa ter em mente que o direito penal será sua última e sua mais exigente opção. Assim, para não soar repetitivo, nesse ponto, faz-se remissão às conclusões do primeiro capítulo, em que se assentou (na tentativa de distinguir ilícito penal e administrativo) (quais) os requisitos mínimos para a legitimidade de uma *criminalização*: (i) ofensividade a um (ii) bem jurídico de dignidade penal.

Não obstante seja a *ultima ratio* um princípio de direito penal, deve ser, em verdade, observado sempre que há a ideia de direito sancionador (estatal). Dito de modo simplificado, é como se o legislador passasse (necessariamente) pelos seguintes questionamentos (nessa ordem): é possível obter o mesmo fim através de um ramo do direito não-sancionador? Caso positivo, deve-se dar preferência a tal ramo. Caso negativo, é possível obter o mesmo fim através do direito administrativo, que é o ramo sancionador menos lesivo? Caso positivo, (apenas) a sanção através do direito administrativo satisfará a pretensão. Caso negativo, pode, então, entrar em cena o direito penal (o soldado de reserva).

Note-se, porém, que é necessário dar um passo a mais e registrar que mesmo no âmbito interno dos ramos do direito sancionador, deve-se observar a noção de *ultima ratio*. Significa dizer: se o fim pode – por exemplo – ser alcançado com penas restritivas de direito, não é proporcional que se adote a pena privativa de liberdade, no âmbito do direito penal; assim como se o fim pode – por exemplo – ser alcançado com suspensões da atividade da empresa, não é proporcional que se obrigue o encerramento da atividade da empresa.<sup>673</sup>

Por fim, há a análise do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* que, como visto, é um juízo de ponderação: a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado pelo meio empregado?

---

<sup>672</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73.

<sup>673</sup> “Otras consecuencias del principio de intervención mínima se refieren a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. También aquí la idea rectora es la de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito”. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 9. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 93.



Traduzido como *exigibilidade*, este subprincípio marca os limites de todas as intervenções que tenham superado os dois primeiros níveis e, portanto, tenham sido considerados *adequados/idôneos* e *necessários*. O problema, neste (último) ponto, é a dificuldade de indicar parâmetros materiais para a realização de tal juízo de ponderação<sup>674</sup>.

Pode-se, porém, apontar dois guias<sup>675</sup>: num primeiro momento, ganha importância a análise da gravidade da consequência jurídica prevista para prática da conduta. Tal análise não contempla apenas a relevância do bem/direito ofendido, mas também a extensão da própria ofensa. Quanto mais grave o ilícito, mais ele afeta ao bem/direito e, portanto, maior deve ser a proteção legislativa e judicial<sup>676</sup>. Num segundo momento, assume relevância a análise do grau de responsabilidade/culpabilidade, de modo que, quanto maior, maiores razões existam para que a conduta seja (i) proibida e (ii) sancionada com sanção mais severa<sup>677</sup>.

### **3.6.2. A proporcionalidade na escolha da *qualidade e quantidade das sanções***

A dupla face da proporcionalidade – vedação de excesso e vedação de proteção suficiente – opera não apenas na eleição das condutas sancionáveis, mas (e com força) na fixação das sanções atreladas às tais condutas.

Isso quer significar que a extensão (ou, de forma simplificada, o tamanho) do sancionamento carrega, em si, e a depender da proporcionalidade, a ideia de justiça<sup>678</sup>. Não por acaso Aristóteles afirmava que o justo é uma *espécie* do

<sup>674</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 186 e ss.

<sup>675</sup> BACH, Marion; CARUNCHO, Alexey Choi. A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade. In *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 568 e ss.

<sup>676</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Proporcionalidad, derechos fundamentales y lei penal. In *El principio de proporcionalidad penal*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M. (Eds.) Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 112.

<sup>677</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Proporcionalidad, derechos fundamentales y lei penal. In *El principio de proporcionalidad penal*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M. (Eds.) Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 113.

<sup>678</sup> “*La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de*

*gênero* proporcional: “a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas e sim da quantidade em geral”<sup>679</sup>.

A constatação de que a justiça de uma sanção está estritamente relacionada com a sua proporcionalidade irradia (diversos) efeitos. Inicialmente, impõe a (aparentemente óbvia) ideia de que ilícitos distintos ensejam sanções distintas, enquanto ilícitos semelhantes ensejam sanções semelhantes.<sup>680</sup> Assim, o legislador deve atentar ao *conjunto* de condutas sancionáveis – previstas em determinado ordenamento – para poder, de modo proporcional, estabelecer as sanções.

Portanto, não obstante a Constituição confira espaço de liberdade ao legislador quando da eleição *da espécie de sanção*, bem como *da quantidade de sanção*, “as penas eleitas deverão ser tais que se aproximem daquelas já conferidas a tipos penais que tutelem bem jurídico similar ou idêntico (*postulado da igualdade*)”<sup>681</sup> e, de outro lado, “devem ser superiores àquelas atribuídas a delitos de menor gravidade, mas inferiores àquelas fixadas em delitos de maior gravidade (exigência de coerência do ordenamento jurídico)”<sup>682</sup>.

Tal exigência guarda inafastável relação, como visto, com a *coerência do ordenamento jurídico*<sup>683</sup>, mas também com a própria *função da sanção*.<sup>684</sup> Nesse

---

*proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 130.

<sup>679</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 96.

<sup>680</sup> (Também) Por isso é problemática a situação em que o legislador prevê penas em que o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima é muito amplo (vide, por exemplo, o art. 312 do Código Penal, com pena entre 02 e 12 anos. A um, isso faz com que o julgador seja um verdadeiro legislador, pois esvaziada está a predeterminação legislativa. A dois, prejudica a ideia de previsibilidade/segurança jurídica por parte dos destinatários da lei. A três, prejudica a ideia de isonomia/igualdade entre os destinatários da lei, posto que um pode receber pena de 02, enquanto o outro recebe pena de 12 (pelo mesmo crime). Nesse sentido (crítico), também: MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 289 e 290.

<sup>681</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 59.

<sup>682</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 59.

<sup>683</sup> “Que espécie de ‘coerência’ se pode exigir do legislador na tipificação dos comportamentos proibidos? Parece-nos importante registrar dois possíveis tipos de incoerência legislativa: a tipificação mais grave de ilícitos instrumentais em detrimento dos ilícitos principais; e a tipificação de dois ilícitos idênticos com penas distintas em patamares absurdos e arbitrários, ou seja, com diferenças intoleráveis à luz da igualdade e proporcionalidade.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 203.

<sup>684</sup> A discussão sobre o motivo – ou o conjunto de motivos – pelos quais o Estado sanciona possui espaço cativo na pauta da filosofia moral ou política. Não à toa. Na resposta a tais questões é que se encontra, justamente, a medida para o conteúdo e para a extensão da pena imposta. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de;

ponto, está-se a ingressar em terreno de areia movediça, pois é de todos conhecida a (eterna?) discussão a respeito das funções das sanções (no âmbito penal, mas também no âmbito administrativo). De qualquer modo, interessa notar que, seja qual for a função adotada, o princípio da proporcionalidade segue sendo protagonista.<sup>685/686</sup>

É por considerar a proporcionalidade – seja em razão da coerência havida no bojo do ordenamento, seja em razão da(s) função(ões) da pena – no momento da cominação da sanção que o legislador penal, por exemplo, deve estabelecer sanções mais severas para os crimes *dolosos* do que para os crimes *culposos* (em relação ao mesmo bem jurídico)<sup>687</sup>; mais severas para os crimes *de dano* do que para os crimes *de perigo* (também em relação ao mesmo bem jurídico)<sup>688</sup>; mais severas para os crimes contra a vida do que para os crimes contra o patrimônio, etc.<sup>689</sup>

---

BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Parte geral: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

<sup>685</sup> O presente trabalho não pretende aprofundar as discussões sobre as funções da pena – que são múltiplas e complexas.

<sup>686</sup> “Por que punir? Como construir um discurso adequado de justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador e de seus institutos? O que legitima o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública? No campo penal, um conjunto de abordagens foi desenvolvido para responder a perguntas desse tipo, incluindo as teorias dissuasórias e retributivas de justificação da pena. Embora voltadas ao direito criminal, essas construções teóricas trazem luzes para se refletir sobre a razão de ser e o papel do direito administrativo sancionador e de seus instrumentos. Até porque (...) a relação entre esses dois ramos do direito evoluiu de forma bastante imbricada e pendular.” VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 81 e 82.

<sup>687</sup> Avaliando o direito penal, conjuntamente, o desvalor de ação e o desvalor de resultado, não é proporcional punir com sanção maior aquele que comete o crime por quebra de um dever de cuidado do que aquele que efetivamente quis – ou assumiu o risco de – cometer o ato.

<sup>688</sup> Nos mesmos termos do rodapé anterior: “como uma lesão potencial pode ser mais energicamente punida que uma lesão efetiva?” MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 287.

<sup>689</sup> Fizemos questão de registrar que é como o legislador *deve atuar*, o que (infelizmente) não significa que o legislador sempre e efetivamente assim atue. Existe, na expressão de FELDENS, uma série de *incoerências endonormativas*, ou seja, ocasiões em que o legislador introduz um novo tipo penal – ou atribui uma nova pena a um tipo já existente – que nitidamente desborda do *standard* de sanções preexistentes, ou seja, que representa uma desproporcionalidade ao considerar o ordenamento como um todo. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 161. Exemplo em que isso facilmente se constata é no confronto do art. 129, *caput*, do Código Penal com o art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro: o crime de lesão corporal no trânsito, não obstante de natureza culposa, corresponde ao dobro da pena de lesão corporal leve, de natureza dolosa, prevista no Código Penal. Leia-se: se X imprudentemente atropela Y e daí decorre uma lesão corporal leve, a melhor tese de defesa é afirmar que X agiu *por querer*, e não (“apenas”) por imprudência (!) (e esse “!” vem da falta de lógica que, por sua vez, vem da falta de proporcionalidade). Outro exemplo (aos nossos olhos) está no confronto entre o crime de latrocínio (art. 157, §3º, II, CP), com pena de 20 a 30 anos, e o crime de feminicídio (art. 121, §2º, VI, CP), com pena de 12 a 30 anos. Se X mata uma mulher para ficar com seus pertences, a pena é oito anos maior do que se X matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino.

Quanto a este último ponto, aliás, registre-se que a extensão das penas eleitas pelo legislador – partindo do pressuposto que a proporcionalidade foi observada – serve, de certo modo, como instrumento de *sistematização e interpretação* da parte especial do Código Penal.

O nível quantitativo da pena cominada assume um específico papel na análise da parte especial, porque funda e constitui, de um lado, a “hierarquia” material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a “hierarquia” das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressões. Pode-se dizer, portanto, que é a partir das sanções, e sobretudo da comparação entre elas, que se obtém os atributos do sistema penal como um todo.<sup>690</sup>

Embora boa parte do conteúdo aqui exposto descambe para o direito penal – *vícios de uma subscritora penalista* –, o mesmo pode (e deve) servir ao direito administrativo sancionador. Aliás, não é demais recordar, com CANOTILHO, que “o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação *do poder executivo*, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”<sup>691</sup>, ou seja, sua ideia primeva guardava relação direta (justamente) com o âmbito administrativo.

No caso do direito administrativo sancionador, o princípio da proporcionalidade<sup>692</sup> está diretamente relacionado à ideia de *supremacia do interesse público*. É dizer: o legislador não pode (abstratamente) restringir liberdades ou propriedades que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público<sup>693</sup>, bem como a discricionariedade do intérprete – quando conferida pelo legislador – está limitada, na extensão e na intensidade, por aquilo que é realmente demandado para cumprimento da finalidade do interesse público<sup>694</sup>.

---

<sup>690</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

<sup>691</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002, p. 259.

<sup>692</sup> Para os constitucionalistas e administrativistas, a proporcionalidade/razoabilidade caminha de mãos dadas com o princípio da legalidade. A proporcionalidade/razoabilidade não está, é verdade, na mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, “mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV.” BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 113 e ss.

<sup>693</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 113.

<sup>694</sup> MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 98 e ss. Nas palavras de MEIRELLES, que atrela a proporcionalidade à face de proibição de excesso, tal princípio “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a

Nas palavras sintetizantes de CAPACCIOLI, “se a finalidade pública pode ser alcançada com um sacrifício menor ou hipoteticamente sem sacrifício algum dos interesses secundários (públicos ou privados), não há motivo para agir de modo diverso”<sup>695/696</sup>. No mesmo sentido GONZÁLEZ PEREZ, que impõe a eleição dos “meios menos restritivos à liberdade, os que resultem menos lesivos aos direitos dos administrados”, bem como que não se imponha “nenhuma carga, obrigação ou prestação mais gravosa que as que sejam necessárias para cumprir as exigências do interesse público”<sup>697</sup>.

Especificamente no que refere ao âmbito sancionador – objeto do presente estudo –, note-se que a proporcionalidade das sanções administrativas (também) é concretizada através dos subprincípios da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Quanto à *adequação*, “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”<sup>698</sup>. FERREIRA traz exemplo de ausência de adequação ao supor a utilização de sanção de improbidade administrativa para desestimular o cometimento de colisão culposa no trânsito. Aponta que não há adequação “tanto em relação ao magistrado que desproporcionalmente a impõe, como face ao legislador que inadequadamente previu a lesão negligente, porém indesejada, como ato de improbidade”<sup>699</sup>.

No que diz respeito à *necessidade*, que a doutrina administrativista também denomina *exigibilidade* ou *menor ingerência possível*, há que se atentar para a obtenção do(s) fim(s) através do meio menos oneroso (ao cidadão) possível. “A

---

evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”, sendo devida a “observância do critério de ‘adequação entre os meios e fins’, cerne da razoabilidade, e vedada a ‘imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

<sup>695</sup> CAPACCIOLI, Enzo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I. Pádua: CEDAM, 1980, p. 285.

<sup>696</sup> No mesmo sentido HECK, ao aduzir que “uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível”. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais* – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 177.

<sup>697</sup> GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1983, p. 39.

<sup>698</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002, p. 262.

<sup>699</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 59.

autoridade administrativa não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto”<sup>700</sup>.

Bom exemplo de *necessidade* advém do art. 267 do Código de Trânsito Brasileiro que estabelece que:

Poderá ser imposta a penalidade de advertência por escrito à infração de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, não sendo reincidente o infrator, na mesma infração, nos últimos doze meses, quando a autoridade, considerando o prontuário do infrator, entender esta providência como mais educativa.

Veja-se que o legislador entende que, nos casos de infração média ou leve (excluídas estão as graves, portanto), quando o infrator não é reincidente na mesma infração nos últimos doze meses, não há *necessidade* da imposição de multa, posto que a advertência por escrito – meio menos oneroso – já é apta a atingir o (mesmo) fim almejado.<sup>701</sup>

Por fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, que carrega em si – através de um juízo de ponderação – a noção de *justa medida*, há considerável peculiaridade no direito administrativo sancionador em relação ao direito penal.

Veja-se que o direito administrativo sancionador opera de duas formas distintas: por vezes, estabelece um sancionamento *fixo*, desvinculado da culpabilidade do agente e das repercussões fáticas. É o que ocorre quando X estaciona em local proibido. A multa será aquela nominalmente definida pela lei, pouco importando as condições pessoais do infrator, o horário ou o prejuízo causado pela infração. É também o que ocorre com a multa em *percentual fixo* pelo não pagamento do tributo em dia, independentemente das particularidades do caso concreto.<sup>702</sup>

Em outros casos, porém, as sanções administrativas se aproximam do modelo penal e são estabelecidas de modo variável, a permitir que se considere a culpabilidade do infrator, a gravidade da infração e as demais peculiaridades do fato. É, por exemplo, o que acontece nos processos administrativos disciplinares, em que é considerada a primariedade/reincidência do infrator, bem como os danos ao serviço público ou ao erário<sup>703</sup> e também o que ocorre com

---

<sup>700</sup> FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Labor, 1933, p. 174.

<sup>701</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 60.

<sup>702</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 57 e 63.

<sup>703</sup> Exemplos de sanções variáveis – que dependem da análise das particularidades do fato e do agente – são muitos no direito administrativo sancionador. Veja-se, por exemplo, a Lei n.

as multas tributárias previstas que consideram, por exemplo, se o infrator atuou *com* ou *sem* dolo<sup>704</sup>.

Nos primeiros casos – de sanção *fixa* – nota-se que a proporcionalidade fica (indevidamente, aos nossos olhos) adstrita ao legislador, subtraindo-se do intérprete a concretização da proporcionalidade no caso concreto<sup>705</sup>. Já na hipótese de previsão de sancionamento variável, o legislador realiza um primeiro filtro de proporcionalidade mas deixa que o Poder Judiciário ou a Administração Pública necessariamente realizem a concretização de tal princípio.

### 3.7 DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, como visto, é parte integrante do (próprio) Estado de Direito, razão pela qual irradia seus efeitos para todo o *atuar estatal*<sup>706</sup>: para o Poder Legislativo, para o Poder Executivo e para o Poder

---

8112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais. O art. 127 prevê distintas penalidades (desde advertência até a demissão) e o art. 128 esclarece que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Do mesmo modo, a Lei de Improbidade (Lei n. 8429/1992) prevê que as sanções previstas no art. 12 podem ser impostas isolada ou cumulativamente, “de acordo com a gravidade do fato”. Por fim – mas não com pretensão exaustiva –, cite-se a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) que impõe multas variáveis às pessoas jurídicas, como demonstra o art. 6 ao prever multa de 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. O mesmo artigo, no §1º, esclarece que as sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

<sup>704</sup> Veja-se, por exemplo, a Lei n. 9.430/1996, que trata da legislação tributária federal e em seu art. 44 prevê multa de 75% pelo não pagamento/recolhimento, mas prevê a possibilidade, no §1º, de tal percentual duplicar quando há fraude (dolo).

<sup>705</sup> O que não significa dizer que o Poder Judiciário não pode eventualmente analisar e julgar a (des)proporcionalidade daquela sanção. Apenas quer significar que não há espaço para (e automaticamente), em cada caso, o Poder Judiciário ou a Administração Pública concretizar o princípio da proporcionalidade.

<sup>706</sup> Não obstante ÁVILA faça distinção entre a *ideia de proporção* e o *postulado da proporcionalidade*, relembra que a ideia de proporção é inerente e recorrente na Ciência do Direito. “Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito (...)”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 163.

Judiciário<sup>707</sup>. Todos os atos estatais – provenientes de qual Poder for – estão curvados à noção de proporcionalidade<sup>708</sup>.

A partir do entendimento crítico da Constituição como um sistema normativo aberto de princípios, regras e procedimentos, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional são percebidas enquanto partes imperiosamente inter-relacionadas no fenômeno jurídico social. (...) Qual, então, o sentido (eficácia) multifuncional que assume o princípio da razoabilidade neste contexto?

Não pode restar dúvida de que a norma em questão incide na limitação e no condicionamento da discricionariedade inerente aos três Poderes. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem obediência ao princípio, pois sua aplicação se espalha por toda a dinâmica estatal.<sup>709</sup>

Não há dissenso, na doutrina, sobre a ampla abrangência do princípio da proporcionalidade. Assim asseveram, sem tergiversar, “aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou

---

<sup>707</sup> Exemplo (recentemente) positivado da (cada vez maior) relevância da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se explícito no artigo 8º do Novo Código de Processo Civil, dispositivo inédito na legislação adjetiva civil que erigiu a proporcionalidade (dentre outras normas fundamentais) à categoria de *princípio processual* (de caráter público e cogente, portanto), regedor da atividade jurisdicional do Estado: “*ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”. Vale lembrar que o art. 3º do Código de Processo Penal (“*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*”) autoriza a aplicação supletiva ou subsidiária das normas de direito processual civil ao âmbito processual penal, viabilizando o diálogo de tais fontes. Já a Lei n. 9784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, prevê expressamente a observância do princípio da proporcionalidade pela Administração Pública: “*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*.”

<sup>708</sup> A verdade é que a força normativa do princípio da proporcionalidade sequer se esgota nos atos estatais. “Existem mais duas dimensões jurídicas impostergáveis. A primeira diz respeito aos procedimentos de cidadania, ou seja, aos procedimentos de democracia que acontecem espontaneamente na esfera da própria comunidade sem a atrelagem do Poder Público. (...) Assim, por exemplo, as associações de bairro, as organizações não-governamentais (ONGS), o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), as associações ecológicas, os movimentos religiosos, os grupos de minorias, etc. Por outro lado, em contato com o fenômeno jurídico estão os denominados ‘corpos ilegítimos (Hobbes)’. É o narcotráfico, a rede de prostituição (inclusive infantil), os mecanismos de corrupção oficial, a impunidade, o trabalho servil ou escravo, o *fundamentalismo*, etc. (...) Diante disso, queremos concluir que o princípio da razoabilidade é dirigido também a toda a sociedade, não se restringe aos atos estatais. Pela sua própria qualidade jurídica – princípio geral de Direito, direito fundamental -, a norma constitucional obriga, vincula os procedimentos deliberativos de participação popular”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117 e ss.

<sup>709</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116 e 117. Lembrando que o autor utiliza *razoabilidade* como sinônimo da noção de *proporcionalidade*, ao afirmar (p. 87) que há *fungibilidade entre ambos os termos*.



legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional”<sup>710</sup>.

Os tópicos antecedentes cuidaram de demonstrar como a proporcionalidade vincula a atuação *do legislador* no que diz respeito ao âmbito sancionador estatal. O legislador está vinculado (não somente, mas também) à proporcionalidade no momento de (i) selecionar *quais condutas* serão objeto de sancionamento<sup>711</sup>, (ii) *eleger através de qual âmbito do direito* (penal ou administrativo) sancionará tal comportamento, (iii) *eleger o tipo (espécie) de sanção* e, ainda, (iv) *decidir o tamanho/a quantidade da sanção* que será imposta.

Também restou evidenciado que o Poder Executivo está obrigado a escolher, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais.<sup>712</sup> No que refere aos sancionamentos estatais, foi possível verificar que, por vezes, a Administração Pública estará adstrita à aplicação de uma sanção (administrativa) *fixa* preestabelecida pelo legislador, mas, em outras oportunidades, contará com *(certa) discricionariedade*, podendo selecionar a sanção (ou a quantidade de sanção) no rol prévia e legalmente estabelecido. Nesse caso, a proporcionalidade serve como instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle<sup>713</sup>.

No Estado de Direito, portanto, a atividade das autoridades administrativas “nunca é, ou não poderia ser, completamente livre, e inclusive seus poderes discricionários sofrem cortes e limites implícitos e explícitos da ordem constitucional, com a chamada ‘proibição de arbitrariedade’.”<sup>714</sup>

---

<sup>710</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 364.

<sup>711</sup> “Há um campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado uma livre configuração dos ilícitos, dentro de certos limites. Os interesses sociais podem e devem ser levados em consideração na construção dos tipos sancionadores e na concreção da resposta estatal aos fatos ilícitos praticados pelos agentes.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196. Interessa sublinhar que o autor reconhece, de um lado, a liberdade legislativa na escolha das condutas sancionáveis mas, de outro, limita tal liberdade. Como já visto: existem *guias* para que o legislador faça a eleição das condutas sancionáveis, bem como para que selecione a instância de sancionamento (administrativo, penal...). Isso se dá através da conjugação de diversos e complexos fatores: não apenas a ideia de proporcionalidade, mas o interesse público, o princípio da intervenção mínima, da culpabilidade, a teoria do bem jurídico, o princípio da lesividade, etc.

<sup>712</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 161.

<sup>713</sup> MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 98.

<sup>714</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 200.

Por fim, o Poder Judiciário também está atrelado ao princípio da proporcionalidade – e sob distintos vieses.

Inicialmente, há que se registrar o papel do Poder Judiciário no que refere à *concretização da proporcionalidade da sanção*. É dizer: nas hipóteses em que o Poder Judiciário é quem impõe o sancionamento (como, por exemplo, no âmbito da legislação da improbidade administrativa, da anticorrupção e do direito penal), os julgadores devem observar a proporcionalidade como uma forma de *ajustar a sanção ao caso concreto*.

Tal hipótese fica bastante evidenciada no âmbito do direito penal – não obstante se estenda, como já dito e exemplificado, ao direito administrativo sancionador. É que na área do direito penal há uma (clara) primeira observância – por parte do legislador – quanto à proporcionalidade das penas *abstratamente cominadas (proporcionalidade em abstrato)* e, depois, há uma nova (e também clara) observância – agora por parte do julgador – quanto à proporcionalidade das penas, através de um complexo sistema de dosimetria (*proporcionalidade em concreto*).

O ordenamento jurídico penal brasileiro, portanto, rejeita o sistema de *penas fixas* e adota um sistema em que consta, dos preceitos secundários,

(sempre) uma *pena mínima* e uma *pena máxima*<sup>715</sup>, permitindo que o julgador eleja, então e com base em tais balizas, a pena mais ajustada<sup>716/717/718</sup>.

Referida adoção, diante da ideia de proporcionalidade<sup>719</sup>, parece acertada. Veja-se que, por mais esforço que faça o legislador, jamais será possível, em um juízo *ex ante*, prever todas as circunstâncias (i) do caso concreto e (ii) do agente que pratica(rá) o ilícito.

Para exemplificarmos (em um raciocínio simples): o legislador pode, em nome da proporcionalidade e *ex ante*, fixar uma sanção mais grave para o crime de roubo (composto de subtração e ameaça/violência) do que para o crime de furto (composto apenas de subtração). Porém, se quiser de fato garantir uma proporcionalidade em cada caso concreto, (mesmo assim) terá de fixar as penas de forma *variável*, para que o julgador possa casuisticamente avaliar pontos que

---

<sup>715</sup> “A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o ‘mal justo’ na exata medida do ‘mal injusto’ praticado pelo delinquente (...). Mas logo se percebeu que, se a *indeterminação absoluta* não era conveniente, também a *absoluta determinação* não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 822.

<sup>716</sup> “La importancia de una escala penal que asegure la proporción de la respuesta punitiva con el hecho juzgado ha sido puesta en evidencia en el BVerfGE 34, 238, argumentando que las amenazas de castigo absolutas conllevan el peligro de generar conflicto con el principio de culpabilidad (garantizado constitucionalmente), porque impiden al juez penal modular la sanción con base en los particulares niveles de culpabilidad e injusticia del caso concreto. Por eso el BVerfG ha entendido que a fin de evitar la imposición de penas desproporcionadas e injustas, el principio de culpabilidad exige tendencialmente el establecimiento de márgenes para la aplicación de las penas, a partir de los cuales el juez puede extraer – en el caso concreto – penas justas adecuadas según la culpabilidad del reo (BVerfGE 73, 206 [254])”. YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBdeF, 2017, p. 716.

<sup>717</sup> “O penalista hegeliano do começo do século XIX, *Albert Berner*, é considerado o precursor da teoria do espaço livre, cujos primeiros contornos traçou em estudo publicado em 1845. (...) Sustenta Berner que o *quantum* da reprimenda não pode ser fixado de modo absoluto, determinado pontualmente. Em realidade, a medida da pena localizar-se-ia em um ponto compreendido entre um limite máximo e um mínimo. Desde que o legislador e o juiz aumentem ou reduzam a pena no interior desses pontos limítrofes, estariam eles sempre satisfazendo as exigências de justiça. (...)”. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 37 e ss.

<sup>718</sup> Que está sendo concedida (certa) discricionariedade ao julgador, dúvida não há. É uma clara opção legislativa feita em nome da proporcionalidade e da individualização da pena. Porém, deve-se evitar uma discricionariedade por demais ampla. O fato do julgador poder se movimentar dentro da moldura de pena, para concretizar a proporcionalidade da sanção ao caso concreto, não significa que o julgador conta legitimamente com um sem fim de distintas quantidades de penas possíveis. Ou seja, para um único fato não podem corresponder inúmeras possibilidades de penas (igualmente válidas e proporcionais). Nesse sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 95 e PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

<sup>719</sup> Que, nesse ponto, guarda estreita relação com os princípios da individualização da pena e da culpabilidade.

*ex ante* seria inviável, como por exemplo: (i) se foi ameaça ou violência, (ii) quão grave foi a ameaça ou violência (um tapa? Dois tapas? Três? Um soco? Um chute? Quantos? Como ficou a vítima após a agressão?), (iii) o réu tem ou não tem antecedentes criminais, (iv) quantos (Um? Dois? Dez?), (v) o crime aconteceu de dia ou de noite?, (vi) em um local ermo ou repleto de pessoas?, (vii) o agente estava sozinho ou acompanhado? De uma ou de cinco pessoas?, etc.

Aqui, portanto, o Poder Judiciário está a cargo de um *segundo momento* de observância do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções, realizando *a análise casuística e movendo-se dentro da moldura de penal previamente estabelecida pelo Poder Legislativo*.

Mas há outro papel que pode – e deve – ser desempenhado pelo Poder Judiciário no âmbito do direito sancionador estatal. O Poder Judiciário pode – e deve – *reavaliar (rever, reanalisar)* a observância do princípio da proporcionalidade – sob pena de inconstitucionalidade – na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

O princípio da razoabilidade encontra-se no momento da fixação da norma sancionadora e da correspondente aplicação prática de sua ocorrência, no dever de serem observados os postulados de adequação, necessidade e proporcionalidade (adequação axiológica-normativa), cuja ausência de verificação pode ser contestada perante o Poder Judiciário, tanto quanto a ausência de constitucionalidade da norma instituidora, por não prever as condicionantes, como pela nulidade de decisão concreta que se omitiu na verificação destes requisitos.<sup>720</sup>

Importa significativamente ao presente trabalho a percepção de que o Poder Judiciário está *autorizado* e, mais do que isso, está *obrigado* a realizar uma espécie de (novo e subsidiário) *filtro de proporcionalidade* da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, no âmbito do direito sancionador estatal. É o que se demonstrará detalhadamente no tópico seguinte.

### **3.7.1 O Poder Judiciário como (novo e subsidiário) Filtro de Proporcionalidade**

---

<sup>720</sup> SERRANO, Antônio Carlos Alves Pinto. O direito administrativo sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados. In *Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 189.

Como restou antecipado, o Poder Judiciário pode – e deve – funcionar como um (novo e subsidiário) *filtro de proporcionalidade*. O que isso significa? Significa que o Poder Judiciário está autorizado e obrigado, quando provocado, a *(re)avaliar* se (i) o Poder Legislativo, no âmbito do direito sancionador, ou seja, na hora de elaborar leis sancionatórias, observou o princípio da proporcionalidade (e seus três subprincípios), (ii) o Poder Executivo, ao aplicar/individualizar/concretizar determinada(s) sanção(ões), observou o princípio da proporcionalidade (e seus três subprincípios) e, claro, se (iii) o próprio Poder Judiciário, em decisões prévias, observou o princípio da proporcionalidade (e seus três subprincípios).

Parece evidente que assim seja, já que o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios operam tanto no momento da *criação*, quanto no momento da *interpretação* e da *aplicação* da lei.<sup>721</sup> Assim, deve haver um exercício de controle de legitimidade, por parte do Poder Judiciário, quanto à atuação do legislador e dos aplicadores do direito sancionador estatal, *reconduzindo tais atividades*, caso necessário, *a parâmetros democráticos de legitimidade*.<sup>722/723</sup>

O princípio da razoabilidade transcende sua utilização e compreensão como “critério de aplicação” das normas jurídicas, necessário à concreção do direito posto. Ele é mais do que um mero critério para a verificação da correta aplicação das normas encartadas em direito positivado. Ele deve ser alçado a “critério de intelecção” de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar. Não a perenização estática, mas aquela que implica movimento, atualização e aperfeiçoamento das instituições democráticas, acompanhando o incessante ritmo da vida, “pois o direito é feito para a vida e não a vida para o direito.”<sup>724</sup>

<sup>721</sup> MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 60, 2004, p. 176.

<sup>722</sup> DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 176.

<sup>723</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente no sentido de ser tarefa do Tribunal Constitucional fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa sancionadora, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, uma máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. STF, Habeas Corpus n. 102087, Segunda Turma, Min. Relator Celso de Mello, Min. redator do acórdão Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012, publicação do acórdão em 21.08.2013.

<sup>724</sup> ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado democrático de direito. In BANDEIRO DE MELLO, Celso Antônio (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 625.

Inicialmente, no que refere à atividade do Poder Legislativo, é possível afirmar que “ao Judiciário competirá corrigir eventuais abusos, vale dizer, eleição de alternativas ilícitas, excessivamente gravosas”.<sup>725</sup> Segundo YACOBUCCI, a função jurisdicional deve ponderar se a decisão legislativa, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente “pela importância do bem jurídico protegido e pela inexistência, dentro daquelas circunstâncias, de outra medida de menor afetação ao particular”<sup>726</sup>.

Não se ignora que quando o Poder Judiciário declara ilegítimo o produto legislativo, está, ao mesmo tempo, opondo-se a uma decisão tomada pela maioria dos representantes eleitos do povo, o que faz com que muitos apontem uma *perda* em termos democráticos e, conseqüentemente, advoguem em favor de uma intervenção mais fraca/baixa por parte do Poder Judiciário.

Nesse ponto, porém, confere-se razão à SCALCON ao afirmar que “em se tratando de questões de princípios (...) é antes o conteúdo da decisão que a qualifica como democrática, não necessariamente o procedimento para tomá-la”<sup>727</sup>. A autora segue com exemplo que torna a assertiva incontestável: “seria claramente antidemocrático proibir mulheres de votar, ainda que isso decorresse de uma decisão majoritária dos representantes do povo”<sup>728</sup>. Significa que, ao contrário do que possa parecer em um primeiro olhar, o controle sobre os atos legislativos pode representar, em verdade, uma (nova) homenagem à democracia.<sup>729</sup>

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se manifestou<sup>730</sup> no sentido de que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger

<sup>725</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

<sup>726</sup> YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBdeF, 2017, p. 704.

<sup>727</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 47.

<sup>728</sup> SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 47.

<sup>729</sup> Também nesse sentido ZARDO, ao afirmar que “não basta que os atos estatais derivem de processos formalmente reverentes à legislação. Se assim fosse, o devido processo legal seria uma garantia facilmente contornável, bastando que a própria lei fosse o veículo da injustiça ou da restrição a direitos fundamentais. É preciso que o conteúdo material dos atos do Poder Público seja razoável, inclusive os atos legislativos.” ZARDO, Francisco. Reflexões sobre a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In *Temas de Direito Sancionador*. DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

<sup>730</sup> STF, Habeas Corpus n. 102087, Segunda Turma, Min. Relator Celso de Mello, Min. redator do acórdão Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012, publicação do acórdão em 21.08.2013.

os bens jurídicos protegidos e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade –, *deverá o Poder Judiciário exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa*, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.<sup>731</sup>

Ilustrativamente é possível demonstrar que o (novo) *filtro de proporcionalidade* que o Poder Judiciário realiza pode recair (i) na seleção de determinada conduta como sancionável ou (ii) na sanção eleita pelo legislador.

Quanto ao juízo de proporcionalidade relativa à conduta sancionável, veja-se, como primeiro exemplo, o (já mencionado) HC n. 102087, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O caso está relacionado ao sancionamento penal de indivíduo que porta arma desmuniada e não dispõe de acesso imediato à munição. Não obstante a legislação tipifique a conduta<sup>732</sup>, ou seja, eleja a conduta como *criminosa e apta a ser penalmente sancionada*, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar um novo filtro de proporcionalidade, entende que tal conduta é desvestida de periculosidade e de ofensividade típica, razão pela qual o seu sancionamento revela-se *desproporcional*, em razão da *desnecessidade de incriminação*, e deve ser afastado<sup>733</sup>.

---

<sup>731</sup> “Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.” STF, Habeas Corpus n. 102087, Segunda Turma, Min. Relator Celso de Mello, Min. redator do acórdão Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012, publicação do acórdão em 21.08.2013.

<sup>732</sup> Art. 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003): Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

<sup>733</sup> Nesse ponto, o STF, citando decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 88, 203, 1993) registra que “se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem

Um segundo exemplo é a discussão – ainda em curso<sup>734</sup> – a respeito da (in)constitucionalidade do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas<sup>735</sup>. Não obstante o legislador não tenha entendido pela descriminalização da conduta quando da elaboração da Lei n. 11.343/2006, ou seja, tenha o legislador entendido que a conduta relacionada ao consumo próprio de droga é penalmente sancionável, o Supremo Tribunal Federal está a realizar um novo filtro de proporcionalidade para verificar se tal conduta afronta – ou não – princípios como o da autonomia da vontade, da lesividade, da intimidade dos jurisdicionados e, conseqüentemente, se deve (ou não) estar prevista como sancionável.

Um terceiro exemplo é a discussão a respeito do aborto. O legislador brasileiro entendeu que a conduta de abortar é sancionável<sup>736</sup>, exceto nos casos autorizados por lei<sup>737</sup>. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao realizar o

---

discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”.

<sup>734</sup> A discussão teve origem no Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e foi inserida no sistema eletrônico de repercussão geral em 28.11.2011. Não cabe ao presente trabalho analisar de modo aprofundado os votos que já foram proferidos, mas, por questão de consciência, registre-se a crítica de que o STF iniciou a discussão sobre a constitucionalidade *da conduta* (consumo próprio de droga) e descambou para a discussão sobre quais drogas deveriam (ou não) estar no rol promulgado pela ANVISA. Em outras palavras: o art. 28 da Lei de Drogas é uma lei penal em branco (uma lei penal que constitui um corpo errante em busca da própria alma (seu complemento)). Inicialmente o STF se propôs a discutir a constitucionalidade do *corpo da lei* (da proibição legal), mas, com o advento dos votos de alguns dos Ministros, notou-se que se passou a discutir a *alma da lei* (o complemento da proibição legal). Não faz qualquer sentido. Se a conduta é inconstitucional porque viola o princípio da autonomia da vontade, da lesividade e da privacidade, pouco importa qual a droga o indivíduo está a usar. Se o Tribunal reconhece a autonomia da vontade, a ausência de lesividade a terceiros e a privacidade do sujeito, não pode limitar a constitucionalidade do consumo à maconha, por exemplo, sob pena de estar novamente violando os mesmos princípios (que autonomia da vontade é essa, se o Tribunal é quem define qual droga pode ou não ser utilizada?).

<sup>735</sup> Art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006): Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

<sup>736</sup> A legislação brasileira prevê três distintos tipos penais relacionados ao aborto: art. 124, 125 e 126 do Código Penal. Aqui, está-se a analisar os arts. 124: Provocar o aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos. e 126: Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos.

<sup>737</sup> O art. 128 do Código Penal prevê que não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante e II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Há, ainda, a autorização, concedida pela ADPF 54, julgada pelo STF em 2012, de interromper a gravidez de feto anencéfalo.



novo filtro de proporcionalidade, já considerou<sup>738</sup> que a criminalização da conduta de quem interrompe a gravidez no primeiro trimestre é *desproporcional*.

Um quarto e interessante exemplo diz respeito aos (já revogados) crimes de adultério<sup>739</sup> e de sedução<sup>740</sup>. Antes mesmo de haver a *abolitio criminis* de tais condutas, o Poder Judiciário brasileiro já havia deixado de puni-las. Diz-se que tais casos são interessantes pois bem revelam que o princípio da proporcionalidade é “mecanismo idôneo para a atualização constante do direito positivado, a partir dos valores socialmente detectados em cada época, em cada momento de inteligência-valorização de um comportamento como juridicamente relevante”<sup>741</sup>.

Leia-se: o Poder Judiciário, ao avaliar a proporcionalidade quanto ao sancionamento de tais condutas, o fez considerando, naturalmente, o espírito do tempo (*Zeitgeist*) em que estava ao julgar – tempo em que as criminalizações já não faziam (socialmente) sentido – e não o tempo em que estava inserido o legislador, ao elaborar a lei). É o (chamado) *direito vivo*.<sup>742</sup>

---

<sup>738</sup> STF, Habeas Corpus n. 124.306/RJ, Primeira Turma. Em 2016, com voto do Min. relator Luís Roberto Barroso. Na decisão, registrou-se que “em verdade a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade”. A decisão também realizou extenso estudo de direito comparado, mencionando que nenhum país democrático e desenvolvido no mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

<sup>739</sup> O crime de adultério era previsto no art. 240 do Código Penal. Punia-se quem cometia o adultério com detenção de quinze dias a seis meses.

<sup>740</sup> O crime de sedução era previsto no art. 217, *caput*, do Código Penal. Punia-se, com pena de dois a quatro anos, quem seduzia mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, para ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

<sup>741</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 55 e 56.

<sup>742</sup> Também nesse sentido SCALCON, que utiliza, inclusive, exemplo relacionado ao crime de aborto. Questiona a autora: “Deverão os Ministros limitar temporalmente seu exame, valorando a decisão *no momento em que ela foi tomada*? Noutras palavras, deverão eles ignorar dados empíricos *atuais*, levados a juízo e provenientes de inúmeras pesquisas sociológicas acerca dos efeitos dessa criminalização?”, para em seguida (acertadamente) concluir que “o legislador pode não ter acesso a esses dados quando da sua tomada de decisão, na medida em que eles, por vezes, somente são *aferíveis a posteriori*, quando a lei penal já estiver atuando sobre a realidade social. Todavia, não faz qualquer sentido que os julgadores, cientes de tal realidade quando do exame da proporcionalidade, simplesmente a ignorem, sob o argumento de que o legislador não teve acesso aos mesmos dados no momento em que recorreu ao Direito Penal.” Para finalizar “é importante ter claro que o reconhecimento da inconstitucionalidade *não é sanção*, nem se está examinando as *boas intenções do legislador*.” SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 103 e 104.

Já no que refere ao (novo) filtro de proporcionalidade sobre as sanções eleitas pelo legislador – em termos de *qualidade e quantidade* –, importa dizer que o Poder Judiciário está autorizado a realizá-lo, mas de forma limitada. Inicialmente, registre-se o evidente: caso o Poder Judiciário compreenda que determinada sanção, prevista legalmente, é desproporcional por ser precária/deficiente/insuficiente, não poderão os Tribunais incrementá-la sob pena de violação do princípio da legalidade<sup>743</sup>.

Nos casos em que o Poder Judiciário entender o sancionamento como excessivo poderá declará-lo desproporcional. É evidente, porém, que o Poder Judiciário não deve agir como se pudesse simplesmente substituir o Poder Legislativo<sup>744</sup>, alterando as sanções em todo e qualquer caso que discorde com a pena legalmente prevista<sup>745</sup>.

Não obstante seja caso excepcional, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já declarou inconstitucional, porque *desproporcional* em razão da violação da vedação de excesso, o preceito secundário do art. 273, §1º B, do

---

<sup>743</sup> Não é demais recordar, nesse ponto, que o princípio da legalidade protege o indivíduo face ao poder sancionatório estatal. Dentre outras garantias, o princípio da legalidade permite que o indivíduo conheça, com anterioridade, os limites máximos de sua punição (de modo que nunca haverá sanção sem que uma lei anterior expressamente a preveja). Nesse sentido, por todos, MIR PUIG: “*El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo*”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2010, p. 106.

<sup>744</sup> Como bem adverte BRANCO, “uma vez que o direito constitucional convive com boa margem de autonomia dos demais ramos do Direito, não há como deduzir uma solução legislativa necessária para cada assunto que o constituinte deixa ao descortino da lei. Deve-se reconhecer que o legislador é o intérprete e concretizador primeiro da Constituição, e as suas deliberações, sempre que condizentes com o sistema constitucional e com os postulados da proporcionalidade, devem ser acolhidas e prestigiadas, não podendo ser substituídas por outras que acaso agentes públicos – do Executivo ou do Judiciário – estimem preferíveis.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96. Na mesma linha, BARROSO relembra que “embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam em plano de recíproca igualdade, e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade. Mais que isso: nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, pode intervir em esfera reservada ao outro para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

<sup>745</sup> Nesse sentido, veja-se o voto prolatado pelo Supremo Tribunal Federal (mais especificamente pelo Min. Francisco Rezek) no HC n. 69.657 (quando analisava, em 1993 e pela primeira vez, a constitucionalidade do cumprimento das penas em regime integral fechado, no caso de crimes hediondos): “Não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior”.

Código Penal<sup>746</sup>. Tal dispositivo pune com reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa, quem, por exemplo, tem em depósito ou expõe à venda produto destinado a fins terapêuticos sem registro no órgão de vigilância competente, ou seja, de procedência ignorada.

Ao realizar um (novo) filtro de proporcionalidade, o Tribunal entendeu que tal crime tem natureza de perigo abstrato e que a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia a *falta de harmonia/coerência* entre o delito e a pena abstratamente cominada (10 a 15 anos de reclusão) se comparados, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas, que possui pena de 05 a 15 anos de reclusão, é notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública<sup>747</sup>.

Assim, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que a ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa, “convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei”, posto que “a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso”<sup>748</sup>.

Tal compreensão não está restrita ao aspecto penal. Também no âmbito do direito administrativo sancionador o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de sanções – legalmente previstas – em razão da desproporcionalidade.

Veja-se, por exemplo, (recente) declaração de inconstitucionalidade do art. 137, parágrafo primeiro<sup>749</sup>, da Lei n. 8112/90, que proibia – *ad eternum* – o retorno ao serviço público federal do servidor que houvesse sido demitido ou destituído do cargo em razão da prática de crime contra a administração pública,

---

<sup>746</sup> STJ, Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239363/PR, Corte Especial, Min. relator Sebastião Reis Júnior, DJe 10.04.2015.

<sup>747</sup> Nesse ponto, faz-se referência ao tópico 3.6.2 do presente trabalho, em que registramos que o princípio da proporcionalidade impõe ao legislador uma observância da coerência (interna) no ordenamento jurídico sancionatório como um todo: um crime mais grave não pode ter sanção menos severa do que um crime menos grave, bem como crimes diferentes ensejam sanções distintas e crimes semelhantes têm de contar com fixação de sanções semelhantes.

<sup>748</sup> STJ, Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239363/PR, Corte Especial, Min. relator Sebastião Reis Júnior, DJe 10.04.2015.

<sup>749</sup> Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

improbidade administrativa ou aplicação irregular do dinheiro público. Neste caso, o raciocínio condutor do voto vencedor embasou-se justamente na desproporcionalidade de uma sanção de caráter perpétuo à luz do disposto no art. 5º, inciso XLVII<sup>750</sup>, da Constituição Federal<sup>751/752</sup>.

Visto que o Poder Judiciário pode – e deve – realizar um (novo) *filtro de proporcionalidade* no que refere à atuação do legislador, o mesmo se diga quanto à atividade do Poder Executivo.

Ao Poder Executivo cabe a concretização ulterior da norma e, portanto, está sua atuação *condicionada e limitada* pelo Poder Legislativo. “Portanto, se preciso, será chamada à observância das leis pelos órgãos jurisdicionais, pelo que fica excluída a possibilidade de atos arbitrários também pela autoridade administrativa”<sup>753</sup>.

A Administração Pública, ao atuar no exercício da discricção<sup>754</sup>, portanto, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, bem como em

---

<sup>750</sup> “Art. 5º, XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo”.

<sup>751</sup> Essa decisão (ainda não transitada em julgado) foi tomada, por maioria de votos, no julgamento da ADI n. 2975, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em sessão virtual concluída no dia 04.12.2020. Na ocasião, o Min. relator ponderou que “embora a vedação à imposição de penas perpétuas (artigo 5º, inciso XLVII) se refira a sanções penais, é possível estender essa garantia às sanções administrativas, em razão do vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal. Segundo ele “um critério razoável para a delimitação constitucional da atividade punitiva é a impossibilidade da imposição de sanções administrativas mais graves que as penas aplicadas pela prática de crimes”. Observou, ainda, que a regra “viola o princípio da proporcionalidade, pois a definição de um prazo determinado para que cesse a proibição de retorno ao serviço público é igualmente apta a atingir os objetivos de proteção ao interesse público, sem acarretar a imposição de sanção perpétua”. Além de declarar a inconstitucionalidade do preceito legal *tal como redigido* (ou seja, sem prazo para cessar a restrição de direitos), o STF determinou a comunicação da decisão ao Congresso Nacional para que, querendo, delibere sobre a questão. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457290&ori=1>> Acesso em: 18.01.2021.

<sup>752</sup> Outros exemplos em que o Supremo Tribunal Federal julgou desproporcional não exatamente a sanção, mas a coação utilizada no âmbito do direito administrativo sancionador, são as Súmulas 70 e 323. A primeira delas entende ser “inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” e a segunda entende ser “inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamentos de tributos”. Nesse aspecto, OLIVEIRA aduz que “as sanções que comprometem a atividade profissional do contribuinte, ainda que em débito com o Estado, são inconstitucionais”. OLIVEIRA. Regis Fernandes. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

<sup>753</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50-51.

<sup>754</sup> Segundo MARRARA, os vícios na discricionariedade – que ensejam intervenção do Poder Judiciário – podem ocorrer em diferentes espectros: (i) desconhecimento da discricionariedade: autoridade escolhe determinada decisão pelo fato de não saber que detém poder de escolha, (ii) excesso de discricionariedade: autoridade escolhe caminho não abarcado pela sua possibilidade de escolha, (iii) abuso de discricionariedade: autoridade emprega seu poder de escolha de modo imoral ou irrazoável. MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012, p. 225.

sintonia com as finalidades que presidiram a outorga da competência exercida<sup>755/756</sup>.

(...) Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade.<sup>757</sup>

O controle<sup>758</sup> da atuação da Administração Pública pelo Poder Judiciário não é, porém, tema tão simples, pois, naturalmente, não podem os tribunais exercer atividade *substitutiva* da Administração.<sup>759</sup> Por outro lado, também naturalmente, não pode o Poder Executivo exercer suas atividades imune a qualquer controle. Torna-se, assim, imprescindível demarcar “a fronteira do controle jurisdicional sobre a atividade da Administração Pública”<sup>760</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem sufragado o entendimento de que todos os atos emanados pelo poder público – incluindo, evidentemente, os atos provenientes da Administração Pública – estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos

<sup>755</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 99.

<sup>756</sup> Nos filiamos à compreensão de LAZZAROTTO e STOCO no sentido de que “a discricionariedade sancionadora não deve ser considerada como uma falta de regulação da situação fática que antecede a aplicação do ordenamento, mas sim como uma liberdade de escolha do administrador, conferida legalmente, e limitada por conceitos jurídicos técnicos presentes nas normas jurídicas positivas”, bem como por princípios e garantias constitucionais. É, portanto, uma liberdade relativa e controlável. LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; STOCO, Isabela Maria. *A proporcionalidade no sancionamento da Lei n. 12.846 de 2013*. Artigo no prelo.

<sup>757</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 99.

<sup>758</sup> “Controle” significa, nesse contexto e conforme MEIRELLES, o conjunto de atribuições de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro. MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 158. “Quando analisa uma questão que envolve a Administração Pública, o julgador não está exercendo a mesma função que exerce quando desenrola um litígio entre particulares, está, de fato, exercendo um *controle* sobre a Administração, na medida em que fiscaliza, orienta e corrige a conduta administrativa que fere direitos e interesses legítimos. OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. In *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 209.

<sup>759</sup> KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. In *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./fev., 2004, p. 13.

<sup>760</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In *Revista de Direito Administrativo FGV*, v. 251, n. 1. São Paulo, 2009, p. 62.

de proporcionalidade e, como resultado prático, está a possibilidade de invalidação de sanções administrativas desproporcionais.<sup>761</sup>

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça compreende que sanções administrativas não se aplicam de forma automática e discricionária, posto que estão vinculadas às normas e princípios que norteiam a atividade punitiva e que são assegurados (inclusive) através da atuação do Poder Judiciário<sup>762</sup>.

Em singelas linhas, portanto, o que se está a afirmar é que o Poder Judiciário não obstante não possa desenfreadamente sobrepor suas decisões sobre as decisões administrativas<sup>763</sup>, inclusive por respeito ao princípio de separação entre os poderes<sup>764</sup>, está autorizado – e obrigado – a intervir para

---

<sup>761</sup> ZARDO, Francisco. Reflexões sobre a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In *Temas de Direito Sancionador*. DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

<sup>762</sup> STJ, MS 21645/DF, Primeira Seção, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.09.2015. No acórdão, registra o Superior Tribunal de Justiça que “a jurisdição sancionadora deve pautar-se pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarda os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor”.

<sup>763</sup> Não se desconhece que a doutrina tradicionalmente se posiciona no sentido de não aceitar o controle judicial do *mérito* do ato administrativo, cabendo ao Poder Judiciário analisar (apenas) aspectos da *legalidade* do ato administrativo (que não se limitam à análise legalista em si, mas engloba finalidade e motivos, ajustados ao interesse público). Também não se desconhece que “o contraponto legalidade-mérito se encontra atenuado no momento presente”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110. A questão é que ao presente trabalho essa discussão não guarda relevância, posto que a (des)proporcionalidade caminha de mãos dadas com a (i)legalidade do ato e, portanto, pode, e deve, ser controlada pelo Poder Judiciário.

<sup>764</sup> “O critério da tripartição das funções estatais (ou tripartição dos poderes) não é o bastante para justificar o afastamento do controle de discricionariedade administrativa pelo Judiciário. Ao contrário, a teoria dos freios e contrapesos das funções estatais reforça o sinérgico vetor constitucional de atuação harmônica do Legislativo, Executivo e Judiciário, no sentido de determinar que *a falta de adequada atuação de um deles determina abalo no sistema de divisão de tarefas estatais*”. FRANÇA, Phillip Gil. Estado, separação dos poderes e a legitimidade democrática do juiz: uma leitura prática do controle judicial da discricionariedade administrativa. In *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1, p. 239-256, abr./jun. 2017.

corrigir ilegalidade que, por (muitas) vezes, está atrelada à ausência de proporcionalidade no exercício sancionatório estatal<sup>765/766/767/768</sup>.

Por fim, embora menos relevante ao presente trabalho, não é demais afirmar que o Poder Judiciário pode – e deve – realizar (novo) filtro de proporcionalidade inclusive quanto a decisões judiciais anteriormente prolatadas: os juízes não devem estar atentos somente à proibição de excesso e de proteção deficiente quando do labor legislativo e da Administração, senão também quanto à própria atividade jurisdicional<sup>769</sup>.

É dizer: o Poder Judiciário pode – e deve – rever decisões judiciais que violaram a proporcionalidade ao sancionar determinado cidadão. Isso pode ocorrer no âmbito penal, quando há violações à proporcionalidade na aplicação da pena<sup>770</sup>, bem como pode ocorrer no âmbito do direito administrativo

---

<sup>765</sup> Nesse sentido, por exemplo, STF, Recurso Extraordinário n. 634900, Primeira Turma, Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 02.04.2013, publicado em 22.05.2013.

<sup>766</sup> Corroborando tal entendimento está a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que estabelece que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

<sup>767</sup> Não é demais mencionar que o controle judicial atinge todos os atos sancionatórios estatais, como por exemplo as decisões sancionatórias proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça, em processo administrativo disciplinar. Vide STF, MS 35838 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 31.05.2019, publicação em 17.06.2019; as decisões proferidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, vide STF, MS 34210 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgamento em 25.08.2017, publicação em 06.09.2017, bem como decisões relacionadas ao poder de polícia, vide STF, RE 627432/RG, Tribunal Pleno, Min. Relator Dias Toffoli, julgamento em 06.03.2014 e publicação em 21.03.2014 e às sanções administrativas previstas no Capítulo IV da Lei Anticorrupção, vide Apelação Cível n. 1009682-36.2019.8.26.0053 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>768</sup> Interessante mencionar, nesse ponto, decisão do Supremo Tribunal Federal que busca, justamente, encontrar tal equilíbrio. Entende o STF, de um lado, que o princípio da proporcionalidade é impassível de invocação para banalizar a substituição, pelo Poder Judiciário, da pena imposta pela autoridade administrativa. De outro, não nega o STF, porém, que quando a sanção administrativa imposta for evidentemente desproporcional, poderá e deverá o Poder Judiciário corrigir a ilegalidade. Assim: STF, RMS 30455/DF, Primeira Turma, Min. Relator Luiz Fux, DJe 25.06.2012 e, mais recentemente, RMS 34405, Segunda Turma, Min. Relator Edson Fachin, julgamento em 26.10.2018, publicação em 05.11.2018.

<sup>769</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 298.

<sup>770</sup> Os exemplos de controle de proporcionalidade no âmbito da aplicação da pena são infindáveis. O Supremo Tribunal Federal entende que “a dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e *proporcionalidade* com os dados empíricos em que deve se basear”. STF, HC 104266, Segunda Turma, Min. Relator Teori Zavascki, julgamento em 12.05.2015 e publicação em 26.05.2015. Também entende que “a concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob *pena* de o magistrado - que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais - incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado”.

sancionador, quando os julgadores impõem sanções relacionadas à Lei de Improbidade Administrativa<sup>771</sup> e à Lei Anticorrupção<sup>772</sup>.

---

STF, HC 101118, Segunda Turma, Min. Relatora Ellen Gracie, Min. Redator do acórdão Min Celso de Mello, julgamento em 08.06.2010 e publicação em 27.08.2010. Com isso, o Poder Judiciário constantemente revê a dosimetria da pena aplicada nas instâncias inferiores – inclusive em hipóteses em que não há (expresso) *equivoco de aplicação*, mas há desproporcionalidade no *quantum* adotado, não obstante a inexistência de parâmetros legislativos a serem considerados. Nesse sentido, por muitos: STF, RHC 129951, Segunda Turma, Min. Relator Teori Zavascki, julgamento em 22.09.2015 e publicação em 08.10.2015. Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade direciona não apenas a dosimetria da pena, mas a *aplicação da pena como um todo*, o que significa que pode haver revisão de decisões anteriores quando o julgador não houver observado a proporcionalidade na aplicação das regras do curso de crimes, na escolha do regime inicial de cumprimento de pena ou na substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, como penas restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena. Nesse sentido veja-se, por exemplo, STF RHC 187677, Primeira Turma, Min. Relator Marco Aurélio, Min. Redator do acórdão Alexandre de Moraes, julgamento em 08.09.2020 e publicação em 03.12.2020 e HC 123108, Tribunal Pleno, Min. Relator Roberto Barroso, julgamento em 03.08.2015 e publicação em 01.02.2016.

<sup>771</sup> É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de reforma das sanções impostas em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa, quando evidenciada a desproporcionalidade entre os atos praticados e as medidas impostas. Nesse sentido, por muitos, STJ, REsp 1889179/SP, Segunda Turma, Min. Relator Og Fernandes, DJe 18.12.2020; AgRg no AREsp 112873/PR, Primeira Turma, Min. Relatora Regina Helena Costa, DJe 17.02.2016. Ademais, neste último julgado, o Superior Tribunal de Justiça assentou ser necessária, sob pena de nulidade, a indicação das razões para a aplicação de cada uma das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, levando em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal não vem analisando a matéria, por entender que se trata de matéria infraconstitucional, com ofensa reflexa à Constituição Federal, vide ARE 967731, Primeira Turma, Min. Relator Luiz Fux, julgamento em 31.05.2019, publicação em 12.06.2019 e ARE 1126340, Segunda Turma, Min. Relator Gilmar Mendes, julgamento em 17.08.2018, publicação em 27.08.2018.

<sup>772</sup> Considerando que a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) prevê não apenas sancionamentos administrativos, mas também, no Capítulo VI, a responsabilização judicial, com sanções de perdimento dos bens, direitos e valores, de suspensão ou interdição parcial de suas atividades e de dissolução compulsória da pessoa jurídica.



**4.****SOBERANIA**

Manoel de Barros

*Naquele dia, no meio do jantar, eu contei que tentara pegar na bunda do vento — mas o rabo do vento escorregava muito e eu não consegui pegar. Eu teria sete anos. A mãe fez um sorriso carinhoso para mim e não disse nada. Meus irmãos deram gaitadas me gozando. O pai ficou preocupado e disse que eu tivera um vareio da imaginação. Mas que esses vareios acabariam com os estudos. E me mandou estudar em livros. Eu vim. E logo li alguns tomos havidos na biblioteca do Colégio. E dei de estudar pra frente. Aprendi a teoria das ideias e da razão pura. Especulei filósofos e até cheguei aos eruditos. Aos homens de grande saber. Achei que os eruditos nas suas altas abstrações se esqueciam das coisas simples da terra. Foi aí que encontrei Einstein (ele mesmo — o Alberto Einstein). Que me ensinou esta frase: A imaginação é mais importante do que o saber. Fiquei alcandorado! E fiz uma brincadeira. Botei um pouco de inocência na erudição. Deu certo. Meu olho começou a ver de novo as pobres coisas do chão mijadas de orvalho. E vi as borboletas. E meditei sobre as borboletas. Vi que elas dominam o mais leve sem precisar de ter motor nenhum no corpo. (Essa engenharia de Deus!) E vi que elas podem pousar nas flores e nas pedras sem magoar as próprias asas. E vi que o homem não tem soberania nem pra ser um bentevi.*

## 4 O REAJUSTE DA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO ATRAVÉS DO *NE BIS IN IDEM* E DA PROPORCIONALIDADE

### 4.1 CONSTATAÇÃO E EXEMPLIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Durante o desenvolvimento do primeiro capítulo buscou-se demonstrar a (atual) tendência estatal em sancionar o mesmo fato múltiplas vezes<sup>773</sup>. Essa política de sobreposição de sanções é conhecida, nos Estados Unidos, como *piling on*, em uma (ilustrativa) referência ao termo utilizado no futebol americano, quando jogadores saltam uns sobre os outros, formando uma pilha de corpos sobre um único oponente, já neutralizado.<sup>774</sup>

TEIXEIRA, ESTELLITA e CAVALI apontam outra alegoria que bem retrata a situação do indivíduo que se vê submetido a múltiplos mecanismos repressivos estatais: a Hidra de Lerna<sup>775</sup>, que tinha, segundo a lenda, corpo de dragão e várias cabeças de serpente.

No caso brasileiro, o corpo de dragão representa o Estado e as cabeças de serpente simbolizam o direito penal, o direito administrativo, bem como instâncias sancionatórias que sequer se amoldam (exatamente) a tais âmbitos<sup>776</sup>.

São abundantes, no Brasil, os exemplos de multiplicidade sancionatória estatal em razão de um mesmo fato. Vão, em verdade, dos mais simples aos

---

<sup>773</sup> Tal fenômeno, como também buscou-se demonstrar, não é exclusividade do Brasil. O foco do presente trabalho, porém, está na legislação nacional.

<sup>774</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em: 20/01/2021.

<sup>775</sup> A Hidra de Lerna faz parte da mitologia grega. Era um monstro que habitava o pântano junto ao lago de Lerna e tinha um corpo de dragão, com várias cabeças de serpente. As cabeças, segundo (parte daqueles que estudam) a lenda, podiam se regenerar: quando se cortava uma, cresciam duas no lugar. A Hidra foi derrotada por Hércules (Hércules, na mitologia romana). Há, inclusive, pintura de Gustave Moreau, de 1876, sobre o tema, bem como escultura que retrata o episódio da morte da Hidra de Lerna por Hércules, exposta no Museu do Louvre, em Paris. No Brasil, a Hidra de Lerna ganhou popularidade com o livro infantil de Monteiro Lobato, de 1944, que se inspira nos doze trabalhos de Hércules.

<sup>776</sup> “A tradicional circunscrição do poder sancionatório público às áreas do direito penal, ilícito disciplinar e 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: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 388 e 389. No Brasil, exemplos (não únicos) de sancionamentos que escapam à tradicional classificação do direito penal, direito administrativo disciplinar e poder de polícia são a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção.

mais complexos. Pense-se, inicialmente, no indivíduo que está dirigindo embriagado, com significativa quantidade de álcool no sangue. Esta (mesma) conduta poderá ser sancionada através do direito administrativo (art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê multa e suspensão do direito de dirigir) e do direito penal (art. 306 do mesmo Código, que prevê detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão do direito de dirigir).<sup>777</sup>

Pense-se, ademais, no indivíduo que cometeu uma fraude para sonegar tributos. Esta (mesma) conduta acarretará sanções no âmbito administrativo-tributário (pena de multa, afora a cobrança do valor atualizado do tributo<sup>778</sup>) e no âmbito penal (art. 1º da Lei n. 8.137/90, que prevê reclusão de dois a cinco anos, além de multa).

Imagine-se, agora, o indivíduo que é funcionário público – auditor da receita federal, mais especificamente – e que recebe, pelo motivo que for, determinada propina. Esta (mesma) conduta ensejará sanções no âmbito penal (art. 317 do Código Penal, que prevê reclusão de dois a doze anos, além de multa), no âmbito administrativo disciplinar (art. 117, XII e outros, c/c art. 132 e art. 134 da Lei n. 8.112/90, que preveem a demissão e a cassação da aposentadoria), bem como no âmbito da improbidade administrativa (art. 9º, I, c/c art. 12 da Lei n. 8.429/92, que preveem a perda dos bens e valores ilícitos, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, multa e proibição de contratar com o Poder Público por determinado período).

Imagine-se, mais, um indivíduo que comete conduta característica de formação de cartel. Esta (mesma) conduta será sancionada pelo direito penal (art. 4º, II, da Lei n. 8.137/90, que prevê pena de dois a cinco anos e multa)<sup>779</sup> e

---

<sup>777</sup> Elegeu-se a embriaguez no volante para ilustrar a duplicidade sancionatória que ocorre, em verdade, com muita frequência no âmbito do trânsito. Basta pensar nas condutas de gerar risco de dano ao participar de racha, ao dirigir quando cassado o direito de dirigir, ao confiar a direção a pessoa não habilitada, etc. Todas estas condutas são consideradas, ao mesmo tempo, crime e infração administrativa.

<sup>778</sup> São diversas as leis que dispõem sobre as multas por sonegação fraudulenta, posto que depende da pessoa política que legislou e impôs o tributo. Veja-se, por exemplo, a Lei n. 9.430/1996, que no art. 40 prevê multas que chegam a 75%, 150% e 225% do valor do tributo devido (e sonegado).

<sup>779</sup> Além de, possivelmente, incidir em outros tipos penais, como por exemplo o art. 90 da Lei n. 8.666/93, que prevê pena de dois a quatro anos e multa, e o art. 288 do Código Penal, que prevê pena de um a três anos. No âmbito interno do direito penal, essa multiplicidade de encaixes típicos tem de ser resolvida através das regras relativas ao conflito aparente de normas. Para tanto, sugerimos a leitura de “Formação de cartel e fraude à licitação: uma proposta de solução da antinomia a fim de se evitar o *bis in idem*”, artigo de Daniel Paulo Fontana Bragagnollo e Guilherme de Toledo Góes, publicado na obra *Direito Penal Econômico e Empresarial, Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*, com organização de Luciano Feldens, Heloísa Estellita e Alexandre Wunderlich,

pelo direito administrativo, através do CADE (art. 36 e 37 da Lei n. 12.529/2011, que preveem (pesadas) multas, publicação, às custas do infrator, da decisão condenatória em jornal, proibição de contratar com instituições financeiras e participar de licitações, dentre outras sanções).<sup>780</sup> Há, ainda, possibilidade, nesse caso, de ajuizamento de ação civil pública para obter a reparação do dano, conforme dispõe a Lei 7.347/85.

Pense-se, por fim, um indivíduo que corta árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. A (mesma) conduta pode ensejar sanção criminal (art. 39 da Lei n. 9.605/98, que prevê detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente) e sanção administrativa (nos moldes do disposto no Capítulo VI da Lei n. 9.605/98, com as sanções previstas no art. 72 da mesma Lei, como advertência, multa (simples ou diária), penas restritivas de direito, etc.).<sup>781</sup>

A multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato, como se vê, marca o (atual) direito brasileiro em um largo espectro: está presente no direito de trânsito, no direito ambiental, no direito tributário, no direito financeiro, no direito do consumidor, etc., e produz significativas consequências – e interessantes discussões – seja no âmbito do direito *processual penal*, seja no direito penal *material*.

No que diz respeito ao direito *processual penal*, (ao menos) três consequências são aqui apenas apontadas, na (interessada) intenção de provocar e conduzir ao aprofundamento da pesquisa.<sup>782</sup>

---

Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 257 e ss., bem como a leitura de “Cartel e quadrilha ou bando: *bis in idem*”, artigo publicado por Miguel Reale Júnior. In *Ciências Penais*, v. 5, dez./ 2006, p. 131 – 143.

<sup>780</sup> Especificamente sobre a relação do direito penal e do direito administrativo no âmbito da repressão aos cartéis, recomenda-se a tese de doutorado de Ana Paula Martinez, chamada “Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal”, defendida na Escola de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo, em 2013.

<sup>781</sup> Sobre as questões (mais amplas) que envolvem a utilização de um duplo sistema sancionatório sobre o mesmo fato (ambiental), recomenda-se a leitura de LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, em especial p. 239 e ss.

<sup>782</sup> Naturalmente, existem outras consequências processuais penais decorrentes da intersecção entre sanção penal e sanção administrativa. Mencione-se, por exemplo, os esforços doutrinários mais recentes de estender ao direito administrativo sancionador (que impõe significativas sanções) as mesmas (e mais amplas) garantias processuais penais, rejeitando a adoção do processo civil. Nesse sentido, por exemplo, LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, bem como a tese de mestrado de Kátia Cilene de Carvalho, denominada “Direito administrativo sancionador e garantias particulares: da aplicabilidade das garantias penais”, defendida na Universidade de Lisboa, em Lisboa, em 2017. Ainda, NUNES, Filipe Maia Broeto. A necessidade da individualização das condutas nas ações de improbidade administrativa como garantia constitucional do demandado: uma análise

A *primeira* consequência processual penal é mais conhecida: diz respeito à *coerência* entre as decisões prolatadas/prolatáveis em instâncias sancionadoras<sup>783</sup>. Leia-se: não obstante as instâncias sejam (doutrinária e jurisprudencialmente) tidas como *independentes*, elas têm, necessariamente, de ser *coerentes*. Significa dizer, tradicionalmente, que se há absolvição, na instância penal, por inexistência de materialidade ou porque provada a não-autoria, não pode ser sancionado, em outra instância e pelo mesmo fato, esse mesmo autor<sup>784/785</sup>. Parece, no entanto e nesse ponto, que um passo além (do já pacificado) pode ser dado.

É que, diferentemente do que vêm entendendo os Tribunais Superiores, caso haja absolvição em uma instância sancionadora por *insuficiência probatória*, deve tal decisão vincular, sim, a outra instância sancionadora caso venham a ser avaliadas (apenas) *as mesmas provas*. Isso porque se o Estado-

---

interdisciplinar entre direito penal, direito processual penal e direito administrativo sancionador. In *Revista dos Tribunais*, v. 2012, p. 21-37, fev. 2020. Mencione-se, também, a discussão sobre a (im)possibilidade de empréstimo probatório entre as instâncias. Sobre o tema, dentre outros, VILELA, Augusto Tarradt. A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em processo administrativo fiscal no processo penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 142, p. 111-131, abr., 2018; BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 157-179, jan.-mar., 2014; GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antonio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In *Revista dos Tribunais*, v. 900, p. 385-406, out., 2010.

<sup>783</sup> Sobre isso nos manifestamos de maneira mais detalhada no Capítulo 2, mais especificamente no tópico 2.8, para onde remetemos o leitor, na intenção de evitar repetições.

<sup>784</sup> Quanto a esse tema não há divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Vide, por todos, STF, RMS 26.510/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, DJe 26.03.2010. Tal julgado assenta que “as instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência do fato ou de negativa de autoria”.

<sup>785</sup> Esse ponto está pacificado não apenas na jurisprudência nacional, mas também nas Cortes Internacionais. Veja-se que em 2018 o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou dois casos nesse sentido: os casos *Di Puma* e *Zecca* (Proc. C-596/16 e C-597/16) têm ligação com sanções administrativa e penal em razão de abuso de informação privilegiada no mercado imobiliário. Nesses casos, houve prolação de sentença penal absolutória por inexistência da infração e, posteriormente, o estado italiano entendeu por iniciar processos administrativos em face dos acusados, em razão dos mesmos fatos. Houve recurso ao TJUE, que decidiu por declarar violado o princípio do *ne bis in idem* previsto no art. 50 da Carta. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Veja-se, ainda, o julgamento do Caso *Loyaza Tamayo vs. Peru*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1997. Neste caso, Loyaza Tamayo, uma professora peruana foi julgada e absolvida no tribunal militar por crime de traição à pátria. Findo tal julgamento, o estado peruano submeteu-a a julgamento na justiça comum, classificando os mesmos fatos agora como crime de terrorismo. A CIDH decidiu que a conduta do estado peruano violava o princípio do *ne bis in idem*: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo, pelos mesmos fatos”, ainda que em instâncias distintas (penal e militar). GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 339.

sancionador está avaliando *as mesmas provas*, não parece coerente que as entenda *insuficientes* para sancionar na instância X, mas *suficientes* para sancionar na instância Y.<sup>786</sup>

A *segunda* consequência processual penal está relacionada ao direito negocial, ou seja, guarda relação com os acordos (de colaboração premiada e de leniência) celebrados com o Estado. A prática forense vem constantemente desvelando situações como (por exemplo): o indivíduo realiza acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal pela prática de determinado fato. Feito o acordo, outros órgãos estatais – como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria-Geral da União (CGU) ou a Receita Federal do Brasil (RFB) – procuram tal indivíduo para sancioná-lo ou para realizar (novo) acordo, em razão do mesmo fato, sob o argumento de que a colaboração premiada fora realizada “em instância distinta” e “com órgão distinto”, não obstante sejam todos componentes do Estado.<sup>787</sup>

A complexidade da situação não permite respostas precipitadas e simplistas.

Por um lado, não se ignora que a função de controle da administração pública (ou do sistema financeiro, ou do sistema tributário...) é realizada por diversos órgãos do Estado, cada qual com suas próprias atribuições e limitações,

---

<sup>786</sup> Vale esclarecer: atualmente, os Tribunais Superiores entendem que, caso haja absolvição em uma instância sancionadora por insuficiência probatória, isso não acarreta qualquer consequência na outra instância, pois (i) pode, durante a instrução do processo nesta nova instância sancionadora, haver produção de (outras/novas) provas que permitam a condenação (vide, por todos, STF, AP 568 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 17.10.2013 e publicação em 13.11.2013) ou (ii) pode o julgador responsável pela nova instância (administrativa, por exemplo), ao analisar as mesmas provas, alcançar conclusão distinta da proferida na instância antiga (penal, por exemplo). É claro que isso faz sentido, por exemplo, em situação em que a caracterização do crime exige dolo, a instância penal entende não haver prova suficiente de dolo e, por isso, absolve, e a instância administrativa condena, pois a infração administrativa se satisfaz com a mera culpa (vide, por todos, STJ, REsp 1164898/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 07.02.2014). Mas isso não faz sentido, aos nossos olhos e por exemplo, caso ambas as instâncias exijam dolo. Se o Estado está em sua atividade sancionadora em ambas as instâncias, exige dolo em ambas as instâncias e analisa as mesmas provas em ambas as instâncias, se considerou tais provas insuficientes em uma instância, há que se considerar, por coerência, insuficiente também para a outra instância.

<sup>787</sup> “Não raro, afirma-se que uma vez homologado um acordo na esfera administrativa, não mais seria possível ao órgão titular da persecução penal – o Ministério Público –, encetar medidas na esfera penal. (...) Argumenta-se, ainda, que não haveria estabilidade nas decisões administrativas, comprometendo a segurança jurídica, pois estas sempre ficariam à mercê da reanálise pelo Poder Judiciário. A questão evidentemente não é de fácil solução. Até porque as incertezas decorrem da própria legislação, que, por não conferir tratamento uniforme ao instituto ou a seus efeitos penais, torna ainda mais tormentosa aos intérpretes a tarefa de harmonizar as soluções administrativas com aquelas previstas pelo Direito Penal.” BOTTINO, Thiago; PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 207-237, out., 2020.

e que há (certa) independência/autonomia entre tais órgãos/instâncias – inclusive para garantir o bom funcionamento estatal.<sup>788</sup>

Porém, por outro lado, não se pode olvidar do princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e, ainda, da ideia de unicidade e coerência do Estado, no que refere à sua autoridade perante os administrados. Com isso, seria dever dos diversos órgãos do Estado agir com lealdade perante seus jurisdicionados e, conseqüentemente, reconhecer os efeitos e a validade das manifestações estatais a respeito da mesma matéria, em especial as que *impõem* ou *celebram acordos* sobre sanções<sup>789/790</sup>.

---

<sup>788</sup> Um dos principais argumentos mencionados por aqueles que defendem que um órgão estatal não tem obrigação de considerar o acordo realizado com outro órgão estatal é o já mencionado mantra da independência entre as instâncias. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que (por exemplo) “o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do TCU para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos; há independência entre as instâncias civil, administrativa e penal” (STF, MS n. 25.880-2/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 07.02.2007). Ora, se a interposição de ação civil pública e/ou ação penal não afasta a competência do TCU para julgar e sancionar, como decorrência lógica, a celebração de acordos também não interfere no exercício das competências do TCU. Nessa ordem de raciocínio, cita-se, ilustrativamente, ainda, excerto extraído de julgado do TJDFT: “(...) 16. Não há como aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nos casos de ações nas quais se debatem a existência de atos de improbidade administrativa, eis que se tratam de institutos específicos da esfera penal. A indisponibilidade do patrimônio público e do interesse público primário obstam a aplicação, em sede de ação de improbidade administrativa, do perdão judicial decorrente de celebração de Acordo de Delação Premiada.” (TJDFT, APC 20110110453902, Relator: Carmelita Brasil. Revisor: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Julgamento: 09/07/2014, DJe 21/07/2014.).

<sup>789</sup> A questão acerca da (im)possibilidade de se estender os efeitos de eventual acordo de colaboração premiada às ações de improbidade administrativa é tema objeto de repercussão geral já reconhecida no Supremo Tribunal Federal, porém ainda pendente de julgamento: “CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.” (ARE 1175650 RG / PR. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/04/2019. Publicação: 07/05/2019). De se destacar, ainda, a nova redação conferida ao art. 17, § 1º, da Lei n. 8429/92 a partir da entrada em vigor do “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/19), que passou a admitir a (antes proibida) celebração de acordos de não persecução na esfera da improbidade administrativa, o que vem a reforçar, segundo nos parece, a possibilidade de acordos celebrados em âmbito penal surtirem efeitos extrapenais.

<sup>790</sup> “Tal posicionamento deriva da ideia da existência de um microsistema de combate à corrupção e ao crime organizado, que impõe um comportamento uniforme e harmônico na atividade persecutória do Estado. A propósito, essa ideia vai ao encontro do pactuado na Convenção de Palermo, a qual estipulou que cada Estado-parte deveria adotar medidas para encorajarem as pessoas a contribuírem com a atividade investigatória do Estado”. ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 71-103 set/dez. Rio de Janeiro, 2018.

Como compatibilizar ambos os lados<sup>791/792</sup> – tão importantes quanto antagônicos – é questão que impõe estudo e reflexão a que o presente trabalho não se presta, mesmo reconhecendo a importância da discussão.<sup>793</sup>

A *terceira* consequência processual penal diz respeito às (in)compatibilidades entre as medidas cautelares decretadas simultaneamente no direito penal e no direito administrativo sancionador (em decorrência da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo).

Pense-se em um funcionário público que responde por crime de corrupção passiva e que tem, em decorrência de tal fato, medida cautelar penal constringindo bens avaliados em um milhão de reais. Pense-se, agora, esse mesmo funcionário público com medidas cautelares decretadas (também) no âmbito da ação civil pública, em razão da prática *do mesmo fato*, com constrição

---

<sup>791</sup> “Embora o comportamento uniforme das diversas instâncias de controle seja algo desejável, principalmente diante de atos ilícitos sujeitos a múltiplas sanções, a repercussão imediata dos efeitos de acordos de cooperação firmados por um órgão do Estado sobre as competências de outro encontra barreira no princípio da independência das instâncias e, por vezes, na própria diferença dos bens jurídicos tutelados pelos diferentes órgãos.” ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 71-103 set/dez. Rio de Janeiro, 2018. Analisando a questão, ALVES elenca quatro possibilidades distintas: (i) um órgão *não está obrigado* a considerar o acordo realizado perante outro órgão, (ii) um órgão *não está autorizado* a considerar o acordo realizado perante outro órgão, (iii) um órgão *está obrigado* a considerar o acordo realizado perante outro órgão e (iv) um órgão *pode considerar* o acordo realizado perante outro órgão. O autor então conclui que a melhor forma de compatibilização entre a independência entre as instâncias e a segurança jurídica/lealdade para com o jurisdicionado, é a última opção (ou seja, uma possibilidade de consideração, não uma obrigatoriedade).

<sup>792</sup> BOTTINO e DE PAULA sugerem que o acordo seja realizado no âmbito do direito administrativo sancionador *com a participação efetiva do Ministério Público*, de modo a produzir efeitos também da esfera penal e a beneficiar todas as partes envolvidas no acordo, além de assegurar maior eficiência ao instituto (que poderia ser autodestrutivo caso deixasse de ser atrativo a alguma das partes) e homenagear a segurança jurídica. BOTTINO, Thiago; PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 207-237, out., 2020.

<sup>793</sup> Ainda sobre questão que toca o tema, recomenda-se a leitura do artigo “Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção”, de autoria de Heloísa Estellita e Aldo de Paula Júnior, constante do livro *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, organizado por Alair Leite e Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 105 e ss. No referido artigo, os autores analisam a (im)possibilidade de tributação de valores provenientes de atos ilícitos. Nos interessa, especificamente, o ponto em que revelam os impactos que os aspectos tributários (ou seja, os aspectos considerados perante a Receita Federal do Brasil) possuem nos acordos de colaboração premiada ou de leniência, realizados com outros órgãos estatais. Basicamente, os autores demonstram que a tributação, somada às multas sancionadoras, pode desestimular ou inviabilizar eventuais acordos. Ademais, defendem os autores que, caso reconhecida a prática criminosa e a origem ilícita dos valores, seja aplicado o perdimento em favor do Estado (porque, afinal, produto de crime) e sejam aplicadas as sanções cabíveis, mas não a tributação sobre valor que, ao cabo, não correspondeu à renda e tampouco incorporou ao patrimônio do autor do delito.



de (outros) bens, (também) avaliados em um milhão de reais. Pois tal exemplo não é raro na prática forense.<sup>794</sup>

Parece evidente que, no que refere às cautelares simultaneamente decretadas em instâncias sancionadoras estatais distintas, há que se perquirir a finalidade que tais cautelares buscam assegurar.<sup>795</sup> Caso, por exemplo, ambas busquem garantir o *ressarcimento do dano*, tendo sido tal ressarcimento calculado em um milhão de reais, o jurisdicionado está com excesso de constrição, posto que, somadas, as cautelares de ambas as instâncias – que buscam *a mesma garantia* – estão a constringir o dobro do patrimônio.

Já no que refere ao direito penal *material*, a principal consequência é a cumulação entre as (múltiplas) penas impostas, que é justamente o tema que

---

<sup>794</sup> Vide, nesse sentido e exemplificativamente: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS DEFERIDA. PRESENÇA, NO CASO EM EXAME, DO PERIGO NA DEMORA. INOCORRÊNCIA DE “BIS IN IDEM” POR TAMBÉM TER SIDO DECRETADA ESSA MEDIDA CAUTELAR PELO JUÍZO CRIMINAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] Não há “bis in idem” por também ter sido decretada pelo Juízo Criminal a indisponibilidade de bens do sujeito passivo da ação civil pública por atos de improbidade administrativa, haja vista que “vige a regra geral da independência das esferas cível, administrativa e penal na responsabilização por fatos ilícitos” (STJ, 1.ª Turma, EDcl. no REsp. n.º 1.194.009/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 17.05.2012)”. (TJPR - 5ª C. Cível - AI - 890247-6 - Londrina - Rel.: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira - Unânime - J. 12.03.2013). Ainda: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECRETO CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS AGRAVANTES – INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM PROCESSO CRIMINAL PARA EVENTUAL RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM - DESCABIMENTO. 1. A fórmula imperativa do texto constitucional não deixa dúvida quanto ao caráter obrigatório da indisponibilidade dos bens do agente público, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Medida de índole cautelar, de cunho conservativo e não punitivo. 2. A imputação de lesão patrimonial ao erário ou enriquecimento ilícito justifica a decretação da indisponibilidade dos bens do agente, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (artigos 7º, 9º e 10, da Lei nº 8.429/92). Índícios de responsabilidade dos agentes. Decretação da indisponibilidade de bens na existência de decretação prévia na esfera criminal. Admissibilidade. Independência das esferas civil, penal e administrativa (art. 37, § 4º, CF, e art. 12, caput, da Lei nº 8.429/92). Decisão mantida. Recurso desprovido.” (TJSP. Agravo de Instrumento 2176806-60.2017.8.26.0000. Relator: Décio Notarangeli. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 29/11/2017. DJe 29/11/2017)

<sup>795</sup> No processo penal as medidas cautelares reais/patrimoniais são denominadas de medidas assecuratórias e buscam a tutela do processo (assegurando a prova), a tutela do interesse econômico da vítima (resguardando bens para pagamento de valor indenizatório mínimo ou para uma futura ação civil *ex delicti*) e do Estado, no que refere à garantia do pagamento da pena pecuniária, das custas processuais ou mesmo a efetivação do perdimento do produto do crime como efeito da condenação. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 761 e ss. Já no âmbito da improbidade administrativa, o art. 7º da Lei n. 8.429/1992 dispõe que “quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado”, enquanto o § único do mesmo dispositivo esclarece que tal indisponibilidade “recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”. Vê-se, portanto, que as medidas penal e administrativa guardam funções comuns: garantir o ressarcimento do dano e/ou a perda do produto do crime, para inibir enriquecimento ilícito.

inspira e move o presente estudo. Sobre ele, portanto, foram e serão dedicadas as muitas linhas que compõem este trabalho.

#### 4.2 SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA PELO MESMO FATO: *BIS IN IDEM*?

Constatada a existência – e evidenciada a proliferação – de exemplos em que o Estado, em razão *do mesmo fato*, pune *múltiplas vezes*, há que se questionar: tal fenômeno *sempre* acarretará a violação do princípio do *ne bis in idem*?

Para poder responder à questão, há que se resgatar alguns pressupostos (já desenvolvidos e fixados no presente trabalho).

O *primeiro pressuposto*<sup>796</sup> é: a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não apenas permitem, como *recomendam*, a punição do *mesmo fato* através de instâncias distintas.

Para rememorar poucos exemplos, veja-se o art. 225, §3º, da Constituição Federal, que traz a recomendação de tríplice persecução (penal, civil e administrativa) no que refere aos ilícitos ambientais, bem como o art. 37, §4º, que recomenda a cumulação de persecução quando dos atos de improbidade administrativa.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, é repleta de previsões que homenageiam a independência entre as instâncias e a possibilidade de cumular persecuções em razão de um mesmo fato: basta consultar o art. 121 e 125 da Lei n. 8.112/90, o art. 12 da Lei n. 8.429/92, o art. 56 da Lei n. 8.078/90, o art. 6º da Lei n. 13.869/19 e tantos outros.

Assim, sentido não há em afirmar (genericamente) que a multiplicidade sancionatória estatal é *inconstitucional* ou *contrária à lei* porque viola o princípio do *ne bis in idem*.

O *segundo pressuposto*<sup>797</sup> é: há, sim, *distinção* entre o *ilícito penal* e o *ilícito administrativo*, de maneira que o legislador *não possui carta branca* para definir quais fatos serão tratados pelo direito penal e quais fatos serão tratados pelo direito administrativo.

---

<sup>796</sup> Remetemos o leitor, nesse ponto, ao Capítulo 2, mais especificamente ao tópico 2.7, em que a matéria foi abordada de forma detalhada.

<sup>797</sup> Remetemos o leitor, nesse ponto, ao Capítulo 1, mais especificamos ao tópico 1.4 e seus subtópicos, com ênfase para o tópico 1.5.

É bem verdade que traçar a (exata) distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo não é missão simples – não por acaso a doutrina se ocupa do tema, como visto, há décadas -, mas é *possível* e (fortemente) *recomendável* eleger critérios distintivos, de maneira que o legislador possa substituir a *carta branca* (verdadeiro convite à arbitrariedade) por um *guia de atuação*.

Foi nessa intenção que, em tópico próprio (tópico 2.3, do Capítulo 1), analisou-se cada um dos critérios usualmente utilizados para proceder a distinção entre os ilícitos penal e administrativo. De pronto, rejeitou-se a adoção dos critérios que distinguem os ilícitos através (i) *da sanção imposta* e (ii) *da autoridade que impõe a sanção*. Primeiro porque, hoje, direito penal e direito administrativo utilizam constantemente as mesmas sanções e podem ser (ambos) manejados pelo Poder Judiciário (veja-se, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa), o que põe em xeque a *eficiência* dos critérios. Segundo e especialmente porque tais critérios não servem à (essencial) função de *guiar* o legislador, já que este poderia eleger livremente o tratamento do ilícito pelo direito penal ou administrativo e, a depender da (livre) escolha legislativa, ao final, (simplesmente) se *constataria* – através da sanção ou da autoridade – a natureza do ilícito.

A escolha, assim, passou a ser entre a distinção dos ilícitos *pela função/finalidade da pena* ou *pela distinção do ilícito em si* (ou seja, uma distinção de *conteúdo*). Após detalhada análise (tópicos 2.3.3, 2.3.4 e 2.4, do Capítulo 1), afastou-se o critério teleológico em razão (i) da histórica indefinição sobre as (verdadeiras) funções da pena, (ii) da variação de funções/finalidade que a pena assume caso a caso, (iii) da coincidência de funções (preventivas, retributiva, simbólica) entre a sanção penal e administrativa, (iv) da (perigosa) possibilidade do legislador, diante deste critério, impor distintas (e múltiplas) sanções (uma para ressocializar, outra para intimidar, outra para reafirmar a norma, outra para neutralizar o agente, outra para retribuir, etc.), e (v) do direito penal estar mais alinhado às garantias constitucionais quando construído sobre bases normativistas do que sobre (manipuláveis) bases funcionalistas.

Adotou-se o critério que distingue os ilícitos penal e administrativo *pelo próprio conteúdo do ilícito*, reconhecendo-se, portanto, distinção *qualitativa* entre ambos. Para tanto, traçou-se exigências inarredáveis – e conseqüentemente, limites inarredáveis - para o reconhecimento do ilícito *penal*: cumulativamente, (deve haver) (i) um bem jurídico penal como objeto de proteção da norma e (ii)

existência de ofensividade como resultado (jurídico) da relação entre a conduta típica e o objetivo de tutela da norma.

Como consequência, conclui-se<sup>798</sup> que existe um espaço normativo *vedado ao direito penal*, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico penal, que *pode ser encampado pelo direito administrativo*. Por outro lado, um espaço normativo *reservado ao direito penal*, em razão da (evidente) existência de (grave) ofensa a bens jurídicos penais, para o qual o direito administrativo é manifestamente insuficiente (é o chamado âmbito nuclear/núcleo duro do direito penal). E há, finalmente, um campo de intervenção *possível para ambas as instâncias*: é um campo de fatos detentores de ofensividade compatível com a punição penal e com a punição administrativa<sup>799</sup>, cuja escolha legislativa está guiada por (outros) princípios (como intervenção mínima e culpabilidade, por exemplo).

Eis ponto essencial: o legislador *não atua com carta branca*, de modo que, em muitos casos, não *determina* se o ilícito terá natureza penal ou natureza administrativa, mas, sim, *reconhece* – ou *deveria reconhecer* –, se determinado ilícito (naquele *Zeitgeist*) tem natureza penal ou administrativa. Decorre daí, então, a possibilidade do legislador *se equivocar* – intencionalmente ou não, pouco importa – ao conferir tratamento penal (ou administrativo) ao ilícito.

Reforça tal conclusão os posicionamentos recentes de tribunais internacionais que, em razão da importância, merecem tratamento em subtópico próprio.

#### **4.2.1 O Princípio do *Ne Bis In Idem* nas Decisões das Cortes Internacionais**

É essencial compreender os termos das decisões proferidas pelas cortes internacionais – independentemente da vinculação (ou não) do Brasil – sobre a

---

<sup>798</sup> Tal conclusão está em consonância com o artigo desenvolvido por Fabio Roberto D'Avila e que baseou parte do presente estudo: D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>799</sup> Vimos, no primeiro Capítulo, que nesses casos o legislador pode i) lançar mão apenas do direito administrativo, ii) lançar mão apenas do direito penal e iii) lançar mão do direito administrativo e do direito penal. Nesse último caso, estamos diante de uma duplicidade (ou multiplicidade) sancionatória estatal, e a solução virá através da conjugação entre o princípio do *ne bis in idem* e da proporcionalidade, como explicaremos em detalhes nos tópicos que seguem.

(im)possibilidade de múltiplo sancionamento, vez que é naquele âmbito que a discussão se encontra mais amadurecida.<sup>800</sup>

Mais do que isso, faz-se essencial à humanização do direito penal e do processo penal a análise dos diplomas e das decisões internacionais que versam sobre direitos humanos, de modo a constituir um “bloco de constitucionalidade”<sup>801</sup> e a promover uma interpretação das normas jurídicas restritivas de direitos e liberdades fundamentais não apenas *de acordo*, mas especialmente *em favor* dos direitos humanos.<sup>802</sup>

#### 4.2.1.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a Burla de Etiquetas: *Crítérios de Engel*

---

<sup>800</sup> MANES afirma – com razão – que “a riqueza de argumentação da jurisprudência europeia oferece uma oportunidade para algumas considerações mais amplas.” Não obstante seja verdade, não é a única razão pela qual a análise das decisões internacionais se revela recomendável. É que “por um longo tempo, o ‘garantismo penal’ procurou e encontrou, com alternado sucesso, o próprio ponto e referência em cada carta constitucional dos mais diversos países (ora no *Grundgesetz* ou na Constituição Italiana, ora também na mais recente Constituição brasileira de 1988): de fato, as cartas fundamentais representaram o enaltecimento da ideia lisztiana do código penal ‘*Magna Charta do réu*’, sendo vistas como as mais elevadas ‘barreiras da política criminal’ (...). Hoje, o ‘garantismo penal’ enfrenta um novo, imponente, protagonista de vértice [da iconografia piramidal]: a Convenção Europeia de Direito do Homem (CEDH), um pacto em muitos aspectos diverso e mais inflexível que os normais tratados internacionais, o qual está impondo – *além* dos códigos e *além* das cartas constitucionais nacionais – como ‘terceiro nível de legalidade’ (...), como ulterior e máximo nível de ‘sacralização das garantias’, que não constitui simplesmente reflexo ou o reverberar de uma ordem superior, mas um depósito de valor sedimentado e compartilhado em um longo percurso de civilização, um denominador constitucional comum cujo ‘núcleo duro’ já foi subtraído da disponibilidade dos Estados individualmente considerados”. MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. D’AVILA, Fabio Roberto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 83, 84 e 113.

<sup>801</sup> Integram o denominado “bloco de constitucionalidade” o “somatório daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados” (STF, RE 466.343, Tribunal Pleno, Min. Rel. Cezar Peluso, julgamento em 03.12.2008 e publicação em 05.06.2009).

<sup>802</sup> Nesse sentido a ideia fundante da obra: GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

A Corte Europeia de Direitos Humanos possui reflexão sobre o tema há tempo significativo, fundada, regra geral, na aplicação do art. 4º, do Protocolo n. 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>803/804</sup>.

Interessa registrar, inicialmente, o caso *Engel and Others v. The Netherlands*<sup>805</sup>, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)<sup>806</sup> em 08 de junho de 1976. No emblemático caso, soldados holandeses que haviam recebido, no respectivo país, sanções *disciplinares*, recorreram à Corte para que fosse reconhecido o caráter sancionatório-penal das imposições, de modo a lhes conferir garantias (processuais) que haviam sido suprimidas.

Assim, a Corte viu-se impelida a (re)avaliar a natureza do ilícito que o país (Holanda, no caso) havia classificado como *disciplinar*. Mais do que isso, a Corte viu-se obrigada a responder: a classificação realizada pelo legislador é

---

<sup>803</sup> “Art. 4º. 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 infração 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 15º da Convenção.”

<sup>804</sup> Existem outros dispositivos igualmente relevantes para a matéria. Veja-se, por exemplo, o art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (de 16.12.1966), os arts. 54 a 58 do Convênio de aplicação do Acordo de Schengen (de 19.06.1990) e o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (de 10.12.2000).

<sup>805</sup> Nesse caso, soldados do exército holandês (Cornelis J. M. Engel, Peter van der Wiel, Gerrit Jan de Wit, Johannes C. Dona e Willem A.C. Schul) recorreram à Comissão Europeia – que posteriormente transferiu o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos - em razão de infrações disciplinares que lhe haviam sido impostas. O argumento dos soldados, basicamente, era que, não obstante o país em que residiam houvesse classificado tais infrações como *disciplinares*, o seu caráter sancionador-penal deveria ser reconhecido na especial intenção de lhes estender as garantias típicas do processo penal (direito à liberdade, à segurança, ao julgamento justo, etc.), que haviam sido suprimidas. LIPPEL, Manuella Cristina Navarro. A multa prevista pelo artigo 6º, I, da Lei Anticorrupção (12.846/2013), e a possibilidade de aplicação dos Engel Criteria. In *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, p. 13-32, jul.-set./ 2020.

<sup>806</sup> “Constituído em 1959, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é um tribunal internacional competente para se pronunciar sobre queixas individuais ou estaduais que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Desde 1998, o Tribunal reúne-se de forma permanente; qualquer pessoa pode recorrer directamente ao Tribunal. O Tribunal examinou centenas de milhares de queixas desde a sua fundação. Os seus acórdãos são vinculativos para os Estados em causa e levam os governos a alterar a sua legislação e as suas práticas administrativas em muitos domínios. A jurisprudência do Tribunal faz da Convenção um instrumento moderno, dinâmico e poderoso na resposta aos novos desafios e na consolidação do Estado de direito e da democracia na Europa. O Tribunal tem a sua sede em Estrasburgo, no Palácio dos Direitos do Homem projetado em 1995 pelo arquiteto britânico Lorde Richard Rogers. É neste edifício, cuja imagem é reconhecida em todo o mundo, que o Tribunal assegura o cumprimento dos direitos humanos de 830 milhões de europeus nos 47 Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção.”. O TEDH não se confunde com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), “este tem sede no Luxemburgo, garante o respeito pelo direito comunitário e decide sobre a interpretação e a aplicação dos Tratados que instituem a União Europeia”. Disponível em: < [https://www.echr.coe.int/Documents/Court\\_in\\_brief\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf)> Acesso em: 26/01/2021.

determinante ou pode haver um equívoco (uma burla) de etiquetas, ou seja, pode haver um ilícito classificado como X, possuindo, em verdade e por análise casuística, a natureza Y?<sup>807</sup>

Entendeu a Corte que a classificação realizada pelo legislador não é determinante, ou seja, *não é vinculante*.<sup>808/809</sup> Assim, independentemente de (prévia) classificação realizada pelo legislador, poderiam – e deveriam – ser analisados critérios que foram elencados em específica ordem e denominados como critérios de Engel (*Engel criteria*)<sup>810</sup>, a saber: (i) análise da classificação

<sup>807</sup> Não apenas o TEDH enfrentou tais questionamentos. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, após reconhecer o princípio do *ne bis in idem* como fundamental do Direito Comunitário (Limburgse Vinyl Maatschappij e outros/Comissão, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99, C-252/99, C-254/99, § 59, 15.10.2002), afirmou que sua aplicação deve considerar uma tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento (Aalborg Portland e outros/Comissão, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P, 219/00P, § 338, 07.01.2004). Então, ao interpretar o sentido de “mesma infração” concluiu que deveria se basear (apenas) na natureza dos fatos em causa e não na sua (prévia) qualificação jurídica, posto que esta varia de Estado para Estado (caso Leopold Henri Van Esbroeck, C-436/04, 09.03.2006). Nesse sentido, vide CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 92, 2012.

<sup>808</sup> “Sua jurisprudência firmou-se no sentido de que a qualificação fornecida pelo direito interno de um ilícito como penal ou administrativo não é determinante para definir a aplicabilidade das garantias penais da Convenção. Isto ocorreu visando a evitar possíveis burlas à aplicação do tratado, já que, se fosse adotada uma concepção formal puramente baseada na qualificação do ilícito pelo direito interno, os membros poderiam utilizar sanções extremamente gravosas, desde que não de natureza (formalmente) penal, sem ter que se submeter às exigências do Convênio naquele campo”. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 192.

<sup>809</sup> “Outra preciosa contribuição reside na abordagem antiformalista do Tribunal Europeu, e tem relação com as diferentes declinações garantistas extraíveis do art. 7º, CEDH, também para os ilícitos *formalmente* diferentes do ilícito penal, mas com conteúdos a ele semelhantes. Uma orientação consolidada da definição do conceito de “*matière penale*” (...) costuma, de fato, afirmar que as garantias penais aplicam-se para além dos rótulos formais, e expressa claramente a abordagem pragmática do Tribunal europeu: tendo que se deparar com 47 países com tradições culturais, jurídicas e lexicais diferentes, o Tribunal convida a ir ‘*behind the appearances*’, a superar a barreira formal para ir à substância das coisas, verificando se uma determinada *infraction* ou uma determinada sanção (talvez classificada como ‘administrativa’ pelo ordenamento de referência) tem, ao invés, características que resultam substancialmente ou intrinsecamente punitivas, semelhantes, portanto, à sanção (e/ou ao ilícito penal).” MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In: *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. D’AVILA, Fabio Roberto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 103.

<sup>810</sup> A íntegra da decisão que resultou na elaboração dos (conhecidos) critérios de Engel pode ser acessada em: <

realizada formalmente pelo Estado, ou seja, qualificação jurídica recebida na legislação interna (o Poder Legislativo classificou como ilícito penal, administrativo ou ambos?), (ii) análise (material) da própria natureza da infração e, por fim, (iii) análise do grau de severidade (e, também, da função) da sanção a ser imposta.<sup>811/812/813</sup>

---

pública), dada a natureza (punitiva) da sanção (administrativa) que lhe fora aplicada (sobretaxa de 10% sobre o valor do imposto reavaliado). O TEDH rechaçou tal pretensão justamente mediante aplicação dos critérios de Engel, excluindo, primeiramente, a “roupagem criminal” do fato. Nesse sentido, a Corte considerou que os erros cometidos na contabilidade do contribuinte, que resultaram em declarações incorretas de imposto de valor agregado, não constituem, necessariamente e por si só, um crime. Ainda, considerou que a penalidade aplicada (10% do valor do imposto reavaliado, o que, no caso, resultaria aproximadamente 308 euros) não se apresentava substancial, também não justificando a conformação do fato como crime e afastando, por conseguinte, a aplicação do art. 6, §1, da Convenção a partir de uma interpretação restritiva da garantia ao âmbito penal. Íntegra do julgado disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-78135%22%5D%7D>> Acesso em: 07.02.2021.

<sup>811</sup> Outro exemplo de utilização, pelo TEDH, dos critérios de Engel é vislumbrado no caso *Maresti v. Croátia*. Nesse julgamento, o TEDH atribuiu natureza penal a uma infração que, segundo o direito interno croata, constituiria apenas uma “infração de menores”, não submetida, portanto, à jurisdição penal. De acordo com o Tribunal, o direito croata não era claro a respeito da natureza jurídica das ditas “infrações de menores”, isto é, se teriam caráter criminal ou não. Essa definição era particularmente importante ao deslinde do caso, pois a tese do requerente era de *bis in idem*: alegava-se dupla punição pelo mesmo fato, já que fora o recorrente processado (e condenado) perante o Tribunal de Infrações de Menores de Pazin (por ter, sob a influência de álcool, perturbado a ordem pública e insultado outros cidadãos de uma forma particularmente ofensiva) e, simultaneamente, fora acusado (e condenado) perante o Tribunal de Delitos de Menores de Pazin, em âmbito criminal, portanto, (por ter, no mesmo dia, local e condições da infração anterior, praticado lesões corporais contra vítima específica). Entendeu o TEDH que a simples classificação interna do primeiro fato como uma infração de natureza menor não era um critério seguro e suficiente para lhe excluir a conotação criminal diante do sentido autônomo atribuído aos fatos criminosos (*criminal offense*) pela Convenção Europeia de Direitos do Homem. Por fim, considerou que, dentro dos critérios de Engel, a dita infração menor assumia caráter criminal, seja pela sua natureza jurídica – já que a paz pública é um bem jurídico de relevância penal –, seja pela sua seriedade e gravidade da pena imposta ao adolescente (prisão), a evidenciar, também, o caráter criminal do fato, ainda que a legislação interna assim não dispusesse. A partir dessa “substituição de etiquetas”, a tese de *bis in idem* resultou acolhida pelo TEDH.

<sup>812</sup> Também vale a leitura de LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 192 e ss; MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In: *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. D’AVILA, Fabio Roberto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 103 e ss; LIPPEL, Manuella Cristina Navarro. A multa prevista pelo artigo 6º, I, da Lei Anticorrupção (12.846/2013), e a possibilidade de aplicação dos Engel Criteria. In *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, p. 13-32, jul.-set./ 2020 e CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, 2012.

<sup>813</sup> MANES menciona critérios de forma um pouco distinta (e mais completa). Afirma que diferentes são os critérios por meio dos quais deve ser conduzida a avaliação de conteúdo, por vezes divididos em outros sub-critérios: a *qualificação* das infrações no direito interno (que, porém, “possui só um valor formal e relativo”), a *natureza* da mesma (caráter da norma transgredida; gravidade da transgressão), a *gravidade* (detentiva/não detentiva) e a *finalidade* (preventiva/repressiva) da sanção (ameaçada/cominatória/executada) e os *procedimentos* relacionados à sua aplicação e execução (jurisdição, autoridade destinada a aplicação; natureza do procedimento). MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a



Tais critérios passaram, então, a guiar as decisões prolatadas pela Corte<sup>814</sup>. Em 22.04.2003, por exemplo, foi julgado o caso *Sergey Zolotukhin contra a Rússia*, que não apenas reforçou a adoção dos critérios de Engel como redundou na condenação do Estado russo ao pagamento de danos morais ao acusado. Neste caso, Sergey Zolotukhin entrou (embriagado) em território militar de Voronezh, conduta proibida, tendo sido posteriormente conduzido ao escritório do Departamento de Tráfego Rodoviário, ocasião em que passou a xingar e ameaçar policiais, além de tentar fugir. Preso, foi conduzido à Delegacia de Polícia e, no local, também desacatou a autoridade.

Em 04.01.2002, Sergey foi julgado e condenado, pelo Tribunal Distrital Gribanovskiy, pelo ilícito previsto no art. 158 do Código das Contra-Ordenações, decisão que foi confirmada em 15.04.2003 pelo Tribunal Regional de Voronezh, tendo o condenado cumprido detenção de três dias.

Em 23.01.2002, porém, Sergey Zolotukhin foi denunciado pelo crime de desacato/resistência, previsto no art. 213, §2, b, do Código Penal. O denunciado reclamou perante a Corte, sustentando que a sua condenação anterior já teria satisfeito os critérios estabelecidos na jurisprudência da Corte sobre a interpretação de “infração penal”, ou seja, que a sanção anteriormente imposta, não obstante classificada como sendo de Contra-Ordenação, tinha, em verdade, natureza penal. A Corte acolheu a argumentação e vetou, em nome do princípio do *ne bis in idem*, a possibilidade de imposição de nova pena<sup>815/816</sup>.

---

Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. D'AVILA, Fabio Roberto (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 103

<sup>814</sup> Como parte de um trabalho informativo, o TEDH publicou um Guia especificamente sobre o artigo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do princípio da legalidade (“*no punishment without law*” ou “nenhuma punição sem lei”), compilando num arquivo único e (constantemente) atualizado os principais acórdãos e decisões proferidos naquela Corte sob o manto do citado artigo, em suas variadas facetas. A proposta da obra é informar e difundir a jurisprudência do TEDH a todos os Estados da Convenção. No referido guia, a elucidação do conceito de “*criminal offence*” (ou infração penal) para o TEDH fica por conta dos três critérios estabelecidos no (já citado) precedente *Engel and Others v. The Netherlands*, a saber: “*classification in domestic law; the very nature of the offence (the most important criterion, see Jussila v. Finland [GC], § 38); the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*” (ou, em tradução livre, “a classificação no direito interno; a própria natureza da ofensa e o grau de severidade da pena passível de ser imposta à pessoa”). Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf)> Acesso em: 07.02.2021.

<sup>815</sup> CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, 2012.

<sup>816</sup> Registre-se, também, o caso *Gradinger contra a Áustria*, julgado pelo TEDH em 23.10.95. No caso, o demandante foi condenado, em 15.05.1987, por homicídio culposo no trânsito a uma pena pecuniária (com pena de prisão de 100 dias em caso de não pagamento). Em julho do mesmo ano, a autoridade administrativa do mesmo local impôs outra pena de multa, em razão

#### 4.2.1.2 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), além de reconhecer a possibilidade da ocorrência da burla de etiquetas – ou seja, da equivocada/fraudulenta classificação do ilícito pelo legislador interno –, também se pronunciou expressamente sobre a possibilidade (ou não) de se cumular sanções administrativa e penal.

Alguns casos se mostram particularmente interessantes para analisar a posição do TEDH sobre o tema.

Em 29.05.2001, julgou-se o caso *Franz Fischer contra a Áustria*, baseado no pedido (n. 37.950/97) de Fischer de não ser julgado e punido duas vezes pelo mesmo fato. Franz Fischer, em 06.06.1996, ao dirigir embriagado, atropelou um ciclista, causou sua morte e se ausentou do local sem prestar qualquer assistência. Em 13.12.1996, o cidadão austríaco foi condenado por ilícito administrativo à pena de multa (com possível pena de prisão em caso de não pagamento). Em 18.03.1997, houve a condenação – em razão dos mesmos fatos – pelo crime de homicídio culposo à pena de seis meses de prisão.

Franz Fischer recorreu inicialmente ao Tribunal Constitucional austríaco, que reconheceu que a dupla condenação violou o art. 4º do Protocolo 7 da Convenção, tendo por um dos fundamentos “a ausência de disposição de direito austríaco que dispusesse sobre o princípio da subsidiariedade entre a instância

---

dos mesmos fatos, mas agora por considerar a taxa de alcoolemia do motorista. O TEDH considerou que isso violava o princípio do *ne bis in idem*, pois cidadão estava sendo punido duas vezes – com duas penas distintas – por um mesmo fato, sendo que a única diferença na hora de determinar (ambas) as penas foi o nível de álcool no sangue do demandante. E, ao analisar os critérios de Engel, o TEDH registra que “apesar das infrações e procedimentos que se seguem ao caso estarem dentro da esfera administrativa, sem embargo, têm natureza criminal. E isto reflete na terminologia empregada. Deste modo a lei austríaca se refere a infrações administrativas (*Verwaltungsstraftaten*) (feitos penais administrativos) e a procedimento administrativo sancionador (*Verwaltungsstrafverfahren*) (procedimento penal administrativo). Ademais, a multa imposta ao recorrente estava acompanhada de uma ordem de prisão para o caso do não pagamento. Estas considerações são suficientes para estabelecer que a infração pela qual o demandante foi acusado deve ser considerada como “criminal”, aos efeitos do Convênio. E daí se segue que o art. 6º é aplicável”. QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004, p. 21 e 22.

administrativa e penal. Diante desta omissão, as instâncias seriam alternativas e, portanto, excludentes<sup>817</sup>.

Posteriormente, o TEDH confirmou a decisão da impossibilidade de se cumular ambas as sanções, observando que há casos em que um fato, à primeira vista, parece constituir mais de um ilícito, mas com um exame mais apurado resta evidenciado que apenas uma infração delitiva deve prevalecer, posto que abrange (todos) os elementos contidos na(s) outra(s)<sup>818/819</sup>.

Em 04.03.2014 o TEDH julgou caso italiano que ficou conhecido como *Grande Stevens* (processo n. 18.640/18) e que estabeleceu parâmetros significativos sobre o tema da duplicidade sancionatória estatal.

Tal caso envolve a *Fabbrica Italiana Automobili Torino* (FIAT), cuja acionista e controladora majoritária é a sociedade familiar Giovanni Agnelli S.A.S. Foi instaurado processo administrativo junto à CONSOB (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*) e, em fevereiro de 2006, o inquérito administrativo concluiu ter havido infração da legislação italiana de mercado de capitais. Mais precisamente, acusou-se a pessoa jurídica, bem como as pessoas físicas de Gianluigi Gabetti (presidente da Agnelli), Virgílio Marrone (administrador da Agnelli) e Franzo Grande Stevens (advogado da Agnelli), de manipulação de mercado e difusão de informações falsas ou enganosas no setor financeiro. Em fevereiro de 2007, foram impostas severas sanções administrativas aos acusados, incluindo multas pesadas e proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto.<sup>820</sup>

Em novembro de 2008, após confirmação da condenação administrativa pelo Poder Judiciário, o caso foi encaminhado à justiça penal italiana, posto que

---

<sup>817</sup> CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, 2012.

<sup>818</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Madrid: Dykinson, 2004, p. 29.

<sup>819</sup> Para o TEDH, a questão de ter sido o princípio do *ne bis in idem* vulnerado ou não está relacionada à análise da duplicidade de infrações, independentemente da ordem que se verifique o processamento (se primeiro apurou-se o ilícito penal ou administrativo). "*Lo que es decisivo en el presente caso, es que, sobre la base de un único hecho, el demandante fue procesado y sancionado dos veces, toda vez que la infracción administrativa de conducir embriagado bajo los artículos 5.1 y 99.1 del Código de Circulación y el tipo agravado del artículo 81.2 del Código penal, tal como están interpretados por los Tribunales, no difieren en sus elementos esenciales*".

<sup>820</sup> Para detalhes fáticos do caso Grande Stevens, veja-se SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso "Grande Stevens" e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

tais fatos também configuravam crime. Os acusados foram, então, também condenados criminalmente.

Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e, dentre outras arguições, alegaram violação ao princípio do *ne bis in idem* (art. 4, Protocolo n. 7). O TEDH acolheu o argumento, admitindo a natureza sancionatória do direito administrativo italiano e entendendo que ambos os processos, administrativo e criminal, se basearam no mesmo fato. Com isso, anulou o processo penal italiano, determinou que novas investigações penais não fossem abertas em face dos demandantes e impôs ao governo italiano o pagamento, para cada um dos réus, do montante de 40 mil euros de sucumbência e 10 mil euros por danos morais<sup>821/822</sup>.

#### 4.2.1.3 O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal

O Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>823</sup> também já se ocupou – e segue se ocupando – do tema.

<sup>821</sup> “Os elevados valores arbitrados a título de sucumbência e danos morais foram alvo de críticas da doutrina europeia, sobretudo por ter sido aplicada pelo mais alto tribunal de direitos humanos da União Europeia e os réus serem pessoas acusadas por crimes financeiros. Cf. Nicolas Rontchevsky. ‘Application du principe *non bis in idem* à la Double sanction des abus de marché: les droits de l’Homme sont-ils ‘irréels’?’. Bulletin Joly Bourse. Paris, junho de 2014” citado por SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

<sup>822</sup> “Quanto ao debate no mérito, o Governo italiano alegou que a prática da dualidade, administrativa e criminal, é secular na Itália, além de presente em outros países europeus, como França e Alemanha. Ademais, as sanções não teriam tido como objeto a mesma infração, pelo que o argumento de *non bis in idem* não merecia sustento. Para tanto, argumentou-se que apenas no âmbito criminal se exige o dolo, não sendo suficiente uma mera conduta negligente, imprudente ou imperita. Ademais, apenas neste âmbito se exigia a capacidade das informações falsas ou enganosas produzirem uma alteração significativa no mercado financeiro, além de ser a única via a possibilitar uma eventual pena privativa de liberdade. Por fim, sustentou-se também que a lei italiana permite ao juiz penal considerar a sanção administrativa na aplicação da pena, eventualmente reduzindo a última, de modo a tornar ambas proporcionais às violações cometidas. Apesar destas alegações, o TEDH entendeu, por unanimidade, que se tratava de uma hipótese de *bis in idem* (...)” SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

<sup>823</sup> “Desde a sua criação, em 1952, a missão do Tribunal de Justiça da União Europeia consiste em garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação” dos Tratados. No âmbito desta missão, o Tribunal de Justiça da União Europeia: fiscaliza a legalidade dos atos das instituições da União Europeia, assegura o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos Tratados, e interpreta o direito da União a pedido dos juizes nacionais. O Tribunal de Justiça constitui assim a autoridade judiciária da União Europeia e vela, em colaboração com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, pela aplicação e a interpretação uniformes do direito da União. O Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede no Luxemburgo, é composto por duas

Dentre os muitos casos julgados pelo Tribunal, vale enfatizar a discussão havida no âmbito dos ilícitos concorrenciais. A Comissão Europeia aplica sanções por práticas anticoncorrenciais somente a pessoas jurídicas, o que reduz a esfera de sobreposição com as sanções impostas internamente. Assim, o Tribunal consolidou a ideia de que a imposição de sanção às empresas que praticam ilícito de cartel pela Comissão Europeia e, pelos mesmos fatos, pelas autoridades nacionais, não viola o *ne bis in idem*, porque considera a prática anticoncorrencial sob prismas diferentes. Porém, dois pontos são essenciais nessa consideração: (i) as práticas ilícitas devem ter apresentado, para que se aceite a cumulação de sanções, efeitos contrários a interesses nacionais e (também) a interesses comunitários e (ii) a sanção comunitária deve levar em consideração a sanção nacional, descontando-a no momento da multa europeia, por uma *exigência geral de equidade*.<sup>824</sup>

No mesmo sentido do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) também entende que o reconhecimento – ou não – da violação ao *ne bis in idem* depende de análise que vai além da mera classificação dada pelo legislador interno<sup>825</sup>. O TJUE

---

jurisdições: o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral (criado em 1988). O Tribunal da Função Pública, criado em 2004, cessou as suas atividades em 1 de setembro de 2016 depois de ter transferido para o Tribunal Geral as suas competências no contexto da reforma da arquitetura jurisdicional da União. Uma vez que cada Estado-Membro tem a sua própria língua e o seu sistema jurídico específico, o Tribunal de Justiça da União Europeia é necessariamente uma instituição multilingue. O seu regime linguístico não tem equivalente em nenhuma outra jurisdição do mundo, visto que cada uma das línguas oficiais da União pode ser língua de processo. O Tribunal de Justiça é, com efeito, obrigado a respeitar um multilinguismo integral devido à necessidade de comunicar com as partes na língua do processo e de assegurar a difusão da sua jurisprudência em todos os Estados-Membros.”. Disponível em: < [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/pt/)> Acesso em: 06/02/2021.

<sup>824</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 188 e 189. A ideia de desconto na pena imposta pela comunidade europeia em razão da pena imposta no direito interno vem tratada também no art. 90 do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que aduz: “Se o incumprimento de uma obrigação decorrente do presente Tratado por parte de uma empresa constituir igualmente incumprimento de uma obrigação para ela resultante da legislação do Estado a que está sujeita e se, por força dessa legislação, for instaurado procedimento judicial ou administrativo contra essa empresa, o Estado em causa deve informar desse facto a Comissão, que pode sobrestar na decisão. Se a Comissão sobrestiver na decisão, será informada do desenrolar do processo, sendo-lhe dada oportunidade de apresentar quaisquer documentos, peritagens e testemunhos pertinentes. A Comissão será igualmente informada da decisão final que tiver sido proferida e deve ter em conta esta decisão para determinar a sanção que tenha eventualmente de aplicar.”

<sup>825</sup> Nesse sentido, dentre outros, o Proc. C-436/04 (caso van Esbroeck, julgado em 09.03.2006), o Proc. C-150/05 (caso van Straaten, julgado em 28.09.2006) e o Proc. C-288/05 (caso Jürgen Kretzinger, julgado em 18.07.2007).

considera, para tal análise, por exemplo, a identidade dos fatos materiais, o caráter e a função da sanção.

Em 05.06.2012, o TJUE julgou um agricultor que, para obtenção de benefícios/ajuda para o ano, apresentou documentação falsa. Decidiu o Tribunal (Proc. C-489/10) que não havia *bis in idem* na medida de, em razão dos mesmos fatos, (i) excluir tal agricultor da lista de concessão de benefício e cobrar os valores recebidos de modo indevido e (ii) sancioná-lo penalmente. O fundamento foi a finalidade da sanção, posto que no primeiro caso é reparatória e, no segundo caso, sancionatória<sup>826</sup>.

Por interpretação *a contrario sensu*, parece evidente que, aos olhos do TJUE, se houver sanções (pelo mesmo fato) com finalidades coincidentes, haverá violação do princípio do *ne bis in idem*. Porém, na prática, tal constatação por vezes tem sua aplicabilidade dificultada. Veja-se que o TJUE julgou caso, em 26.02.13 (Proc. C-617/10), em que um sueco foi condenado administrativamente a pagar sobretaxa fiscal e foi punido criminalmente pela mesma fraude tributária. Neste caso, o TJUE estabeleceu que o princípio do *ne bis in idem* previsto no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais não impede tal cumulação, “desde que a sobretaxa fiscal não se revista de caráter penal, o que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar”.<sup>827</sup>

De tal decisão, dois pontos merecem registro expresso: (i) o “caráter penal” de uma sanção, para o TJUE, não corresponde única e exclusivamente à sua função sancionatória (caso contrário, o Tribunal teria reconhecido o *bis in idem*) e (ii) o órgão jurisdicional nacional (interno) pode (e deve) verificar o caráter do ilícito, independentemente da classificação feita pelo legislador.

---

<sup>826</sup> Tal exemplo foi citado por LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 190.

<sup>827</sup> Vale lembrar que no já mencionado caso *Jussila v. Finland*, que também tratou da natureza jurídica da sobretaxa fiscal – não para definir a (in)existência de *bis in idem* entre sanções, mas para verificar se a garantia do processo equitativo (art. 6 da CEDH) mediante realização de audiência pública (de caráter eminentemente penal) seria aplicável ao caso –, o TEDH considerou – a partir dos critérios de Engel – que a sobretaxa cobrada do contribuinte devedor possuía natureza administrativa, sobretudo porque, no caso concreto, o valor da punição não se revelava substancial. Ou seja: o caráter do ilícito restou decidido casuisticamente pelo órgão jurisdicional, afastando-se a roupagem criminal que se lhe pretendia atribuir. A interpretação *contrario sensu* nos leva a concluir, assim, que, houvesse sido constatado elevado nível de severidade na sobretaxa imposta, seria reconhecida a natureza penal da sanção, anulando-se o processo originário por inobservância da garantia do processo equitativo.

No ano de 2018, o TJUE teve oportunidade de se posicionar novamente sobre a matéria, tendo como base dois casos provenientes do direito italiano.<sup>828</sup>

O caso *Luca Menci* (Proc. C-524/15) trata – assim como o caso mencionado acima – de sanção administrativa de sobretaxa cumulada com sanção penal pela prática de sonegação fiscal fraudulenta. O TJUE decidiu que tal cumulação de sanções não viola automaticamente o princípio do *ne bis in idem*, mas que se deve observar um conjunto de condições:

1. Visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, a saber, a luta contra as infrações em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, devendo esses procedimentos e essas sanções ter finalidades complementares,
2. Conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional resultante de um cúmulo de procedimentos aos envolvidos; e
3. Prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa.<sup>829</sup>

Portanto, embora possa haver a aplicação cumulativa das sanções administrativa e penal, caberá ao Poder Judiciário do país, diante das circunstâncias do caso concreto, verificar se o *conjunto sancionatório* não é excessivo face à gravidade do fato cometido.

O caso *Garlsson Real Estate* (Proc. C-537/16), por sua vez, guarda relação com sanção penal (três anos de prisão) e administrativa (multa) impostas em razão de manipulação de mercado. Para decidir sobre a violação (ou não) do princípio do *ne bis in idem*, o TJUE recorreu aos (já mencionados) critérios de Engel. No caso, decidiu o Tribunal pela ocorrência de *bis in idem*, pois a sanção administrativa, não obstante sua classificação pelo legislador nacional, foi considerada sanção penal em razão (i) da função repressiva e (ii) do nível de severidade (multas significativas).

---

<sup>828</sup> Os dois casos foram trabalhados em TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>.

<sup>829</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em: 28/01/2021.

Vê-se que o TJUE “não chegou a um veredito absoluto, geral e claro, capaz de ser automaticamente seguido pelas ordens jurídicas nacionais”<sup>830</sup> e tampouco disse que cumular sanções estatais (provenientes do direito penal e administrativo sancionador) é inadmissível por violar o *ne bis in idem*, mas é certo que estabeleceu diretrizes e critérios aptos a restringir a (mera) cumulatividade sancionatória pelo mesmo fato.

#### 4.2.1.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a (Im)Possibilidade de Cumular Sanções Administrativa e Penal

Por fim, importa analisar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>831</sup> sobre o tema da duplicidade sancionatória estatal e princípio do *ne bis in idem*.

Tal análise ganha especial contorno porque o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa e obrigatória da CIDH através do Decreto-Legislativo n. 89, de 03.12.1998, permitindo, com isso, não apenas o (tradicional) controle de constitucionalidade (através do Supremo Tribunal Federal), mas também um (necessário, mas ainda incipiente) controle de convencionalidade (através da Corte Internacional)<sup>832</sup>.

---

<sup>830</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>.

Acesso em: 28/01/2021.

<sup>831</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é composta por sete juízes, eleitos por um período de seis anos, permitida uma reeleição, e está situada em San José da Costa Rica. Existe desde 1978 como órgão jurisdicional internacional, vinculada à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), com competência consultiva automática (Convenção e Tratados) e contenciosa (violação dos preceitos da Convenção) sobre os Estados que ratificaram a Convenção e que tenham reconhecido sua jurisdição contenciosa (facultativa). GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

<sup>832</sup> Esse contato entre o direito interno e o direito internacional (especialmente do direito internacional dos direitos humanos no plano regional), que funda um constitucionalismo transnacional, vem construindo uma doutrina que entende que tanto os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto os juízes nacionais têm o dever de controlar a validade dos atos internos (leis, atos administrativos, constituições, decisões judiciais etc.) a partir das normas internacionais dos direitos humanos no plano regional. Assim, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e sua interpretação derivada das decisões da CIDH estão a formar o que denominamos “bloco de convencionalidade”. Nesse sentido: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 10, p. 1467-1497, ago., 2015.



Ao ratificar os diplomas internacionais, mormente o PIDCP e a CADH, e aceitar a competência da CIDH, o Brasil incorporou a normatividade convencional ao seu ordenamento jurídico doméstico, obrigando-se a cumprir e a fazer cumprir o regramento protetivo dos direitos humanos, tendo como norte, inclusive, a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte. A normatividade convencional impõe ao Brasil o seu cumprimento e adaptação legislativa, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento dos direitos que se comprometeu a respeitar. Com isso, não há uma ofensa à soberania estatal, mas sua sedimentação, na medida da afirmação do Estado de Direito, da proteção dos direitos humanos e das pessoas, na perspectiva de direito do Estado e também de responsabilidade a proteger – “soberania responsável”.<sup>833</sup>

A CIDH julgou, em 1997, o caso *Loayza Tomayo vs. Peru*, que toca de forma (mais) direta a vertente processual penal do princípio do *ne bis in idem*, mas tem reflexos no âmbito penal. María Elena Loayza Tomayo, professora da Universidad San Martín de Porres, no Peru, foi processada e absolvida, junto ao tribunal militar, por crime de traição à pátria (por suspeita de colaborar com o grupo Sendero Luminoso, tido como subversivo). Encerrado tal julgamento, a professora foi (novamente) processada pelos mesmos fatos, agora perante a justiça comum e com a classificação de “crime de terrorismo”<sup>834</sup>.

Instada a se manifestar a respeito, a CIDH decidiu que o Peru violou o princípio do *ne bis in idem* (disposto no art. 8.4 da CADH).<sup>835</sup> A Corte realizou a análise dos ilícitos de traição à pátria e de terrorismo e concluiu que os elementos

---

<sup>833</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20 e 21.

<sup>834</sup> Sobre o caso *Loyaza Tamayo vs. Peru* e outros casos que tocam o tema do *ne bis in idem* com ênfase no aspecto processual penal (vedação de duplo julgamento), vide BELTRAME, Priscila Akemi. Proibição de submissão a novo julgamento – regra do *ne bis in idem* – o sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 80, 2009, p. 407-430.

<sup>835</sup> Como bem enunciam ZILLI e ROCHA DE ASSIS MOURA, este foi o único caso (da CIDH) em que se considerou expressamente vulnerada a garantia do *ne bis in idem*, pois, a partir dos casos que se seguiram, o Tribunal desestimulou as denúncias por vulnerabilidade do princípio (não obstante os motivos do desestímulo variarem caso a caso). ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Ineramericana de Direitos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional*, v. 2, 2010. “Luego del asunto *Loayza Tamayo*, la CIDH dicta dos sentencias cuyas plataformas fácticas eran muy similares a él, pero sin embargo las decisiones fueron diferentes. El precedente *Cantoral Benavídez*, también contra Perú, decidido cuatro años después de *Loayza Tamayo* (...)” y a demanda *Lori Berenson contra Perú*, cuyos hechos se desarrollaron casi de la misma forma que en los dos casos anteriores. En esta oportunidad, la CIDH desarrolla una línea argumental aún más confusa que en *Cantoral Benavídez* para descartar la conculcación del *non bis in idem*.” LA ROCCA, Lucas Fallet. *Es Posible Pensar el Non Bis in Idem Como una Garantía Unitaria?* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2015, p. 82 e 83.

que compunham ambos eram muito semelhantes, de modo que se estava a punir duplamente os mesmos fatos.<sup>836</sup>

Um ponto interessante dessa decisão foi a expressa manifestação “que a vedação do *non bis in idem* não se restringe à duplicidade de processos criminais, mas também impede que o mesmo sujeito seja processado pelos mesmos fatos, mais de uma vez, ainda que em esferas distintas”<sup>837</sup>. Segundo a Corte, a CADH, diferentemente da Convenção Europeia, veda que os mesmos fatos sejam julgados mais de uma vez, mesmo que por esferas distintas, como a criminal e a administrativa.<sup>838</sup>

#### 4.2.1.5 Contribuições das Cortes Internacionais para o Tema: Breves Linhas Conclusivas

Do cotejo acima realizado – de decisões proferidas no âmbito do TEDH, do TJUE e da CIDH – é possível e útil registrar algumas breves conclusões.

A um, que as cortes internacionais, há muito mais tempo e com muito maior frequência, enfrentam o tema sem o nacional apego ao mantra da independência entre as instâncias<sup>839</sup>, razão pela qual são importantes produtoras de arcabouço teórico sobre a matéria.

---

<sup>836</sup> Ademais, a Corte verificou que a justiça militar havia valorado as provas e se pronunciado sobre os fatos imputados, de modo que estava inviabilizada uma nova persecução, sobre os mesmos fatos imputados, agora mediante uma jurisdição comum. “*Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del bis in idem, era imprecisa pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido por ejemplo en el concurso ideal de infracciones, y es que el ne bis in idem impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto*”. CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 66, 2007, p. 09-52.

<sup>837</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 339.

<sup>838</sup> A CIDH julgou, em 2013, o caso *J. vs Peru* em que a situação fática era pouco distinta; a Sra. J. havia sido julgada e absolvida de determinado crime, mas, *antes de haver trânsito em julgado* a acusação recorreu (tempestivamente) e conseguiu *desconstituir a sentença absolutória* e submeter a Sra. J. a novo julgamento. Houve, então, provocação da CIDH sob argumento de que estaria sendo violado o *ne bis in idem*. A Corte (acertadamente) rejeitou o argumento, afirmando que nesse caso não havia sentença absolutória *transitada em julgado* e, por isso, apta a impedir novo julgamento.

<sup>839</sup> E isso decorre de motivos óbvios. Primeiro, porque os Tribunais Europeus se veem impelidos a enfrentar o tema da cumulatividade entre sanções impostas pelo direito interno e pelo direito comunitário, algo que o Brasil, internamente, não enfrenta. Segundo, porque os Tribunais Internacionais constataram que o mesmo fato pode ser classificado como ilícito penal ou como ilícito administrativo a depender da legislação interna. Ou seja, para viabilizar a análise sobre violação (ou não) do princípio do *ne bis in idem*, os Tribunais Internacionais se viram obrigados a criar critérios de identificação da real natureza do ilícito, sem se vincular à classificação dada pelo legislador de cada localidade.

A dois, que as cortes internacionais de modo unânime concluem que, para proceder à análise sobre o *bis in idem* entre ilícitos penal e administrativo, não se pode considerar a classificação do ilícito realizada pelo legislador de cada país como *vinculante*.<sup>840</sup> Em outras palavras: é possível que o legislador interno tenha classificado determinado ilícito como sendo de natureza X, mas que tal ilícito tenha, em verdade, natureza Y.<sup>841</sup>

A três, que os tribunais internacionais, como decorrência da conclusão anterior, se viram impelidos a estabelecer *outros critérios* – que não a mera classificação dada pelo legislador interno – para analisar a verdadeira natureza do ilícito. Nesse contexto, foram estabelecidos (pelo TEDH) os *Crítérios Engel*, que recomendam a análise especialmente (i) da classificação feita pelo legislador interno, (ii) da verdadeira natureza material do ilícito e (iii) da severidade da sanção imposta. Porém, é possível verificar que, por vezes, os Tribunais Internacionais também verificam (i) a finalidade/função da pena imposta, (ii) a coincidência (ou não) entre os elementos que compõem os ilícitos e (iii) a autoridade que impõe as sanções.

A quatro: que os tribunais internacionais reconhecem a importância do Poder Judiciário na realização de *novo filtro de aderência* ao princípio do *ne bis in idem*. Em outras palavras: embora o Poder Legislativo seja o primeiro destinatário do princípio e o legislador deva, portanto, evitar sancionar de modo múltiplo e indevido o mesmo fato, o Poder Judiciário é o segundo destinatário do *ne bis in idem* e pode (ou, ainda, deve) (re)avaliar a (legitimidade da) classificação dos ilícitos realizada pelo legislador e a (legitimidade da) (co)existência de outros ilícitos baseados no mesmo fato.

A cinco: Não obstante as relevantes contribuições listadas acima, é necessário reconhecer que, como visto, os tribunais internacionais “não chegaram a um veredito absoluto, geral e claro, capaz de ser automaticamente seguido pelas ordens jurídicas nacionais”<sup>842</sup>. E, mais do que isso, é necessário

---

<sup>840</sup> Esta conclusão está intimamente relacionada ao descrito na segunda parte do rodapé anterior ao qual, por brevidade, se faz remissão.

<sup>841</sup> E, nesse ponto, é importante registrar que as conclusões dos Tribunais Internacionais estão em consonância com as conclusões a que este trabalho chegou no Capítulo 01, quando decidi pela existência de uma distinção *qualitativa entre os conteúdos dos ilícitos penal e administrativo* (vide tópicos 1.4.3.4 e 1.5), afastando a conclusão que ainda domina parte significativa da doutrina de que a natureza do ilícito *depende da classificação que o legislador lhe confere* (vide tópicos 1.4.3.1 e, especialmente, 1.4.3.2).

<sup>842</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e->

reconhecer que os tribunais internacionais, inclusive, possuem decisões contraditórias e incoerentes em relação à sua própria jurisprudência<sup>843</sup>.

Diante de tais conclusões, o presente trabalho abraçará as contribuições positivas – que não foram poucas – dadas pelos tribunais internacionais e buscará, mesmo que soe pretensioso, utilizá-las de modo (mais) linear e coerente.

#### 4.2.2 O Princípio do *Ne Bis In Idem* nas Decisões das Cortes Brasileiras

Não é possível afirmar que as cortes superiores brasileiras refletiram sobre a matéria da multiplicidade sancionatória estatal e *ne bis in idem* com a mesma frequência e profundidade que as cortes internacionais. Porém, de modo esparso, houve o enfrentamento do tema<sup>844</sup>.

Em 1944<sup>845</sup>, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 7.071/SP<sup>846</sup>, que tratava da (im)possibilidade de se cumular sanção advinda

---

[analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018](#).

Acesso em: 01/02/2021.

<sup>843</sup> Veja-se que, em alguns julgamentos, os Tribunais Internacionais consideram violado o princípio do *ne bis in idem* utilizando como critério *o conteúdo do ilícito* (vide caso Loayza Tomayo, julgado pela CIDH); em alguns julgamentos, consideram violado o princípio do *ne bis in idem* utilizando como critério a *natureza* da sanção (vide caso Sergey Zolotukhin, julgado pelo TEDH); em outros, consideram violado o princípio do *ne bis in idem* utilizando como critério a *função* da sanção (vide Proc. C-489/10, julgado pelo TJUE) e, por vezes, consideram violado o princípio do *ne bis in idem* utilizando como critério a *severidade* da sanção. Não bastasse, há situações em que os Tribunais analisam casos fáticos muito semelhantes, mas decidem de modo antagônico (vide, nesse sentido, casos Loayza Tomayo, Cantoral Benavidez e Lori Bereson, todos julgados (diferentemente) pela CIDH).

<sup>844</sup> Os Tribunais brasileiros possuem ampla jurisprudência sobre o princípio do *ne bis in idem*, mas em regra as discussões ocorrem no âmbito *interno* das instâncias. Ou seja, discussões sobre a impossibilidade de punir duplamente pelo mesmo fato no âmbito penal ou sobre a impossibilidade de punir duplamente pelo mesmo fato no âmbito administrativo. Ainda, é recorrente a discussão do *ne bis in idem* no âmbito da dosimetria da pena, para fins de cálculo da sanção. O que é menos frequente é justamente o enfrentamento do *ne bis in idem* em relação a sanções aplicadas pelo direito penal e, ao mesmo tempo, pelo direito administrativo sancionador. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, proferiu (recentemente) decisão registrando expressamente que “o princípio do *ne bis in idem* consubstancia direito fundamental do implicado, assim reconhecido no art. 8.4 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (...). Segundo tal regramento, um mesmo fato não poderá ensejar duas punições de mesma natureza. É dizer, dentre as esferas penal, civil ou administrativa, o sujeito ativo de um ato ilícito somente poderá sofrer as sanções na respectiva esfera por uma única vez, respeitada a sanção correspondente, já prevista no ordenamento.” RMS 61317/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 20.02.2020.

<sup>845</sup> Esta não foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema. O próprio acórdão relativo ao REXT n. 7.071/SP faz menção a julgamento ocorrido em 1913, perante o Supremo Tribunal Federal, em que houve “retumbante” (a palavra consta do voto) discussão sobre a possibilidade de cumular sanção penal e administrativa, tendo o STF concluído pela possibilidade de fazê-lo, em nome da independência entre as (duas) instâncias.

<sup>846</sup> STF, Recurso Extraordinário n. 7.071/SP, Primeira Turma, Min. Relator Philadelpho Azevedo, julgado em 15.05.1944 (Coletânea de Acórdãos n. 417, página 137).

de crime e de ilícito administrativo/sanitário. Mais especificamente, um indivíduo fora punido criminal e administrativamente por haver adicionado – indevidamente – água no leite, vendido em seu estabelecimento comercial.

Na ocasião, o Supremo entendeu pela inexistência de *bis in idem* com base nos seguintes fundamentos: (i) a independência entre as instâncias, (ii) a diferença entre as penas e seus efeitos (à época, a multa penal podia (ainda e diferentemente da administrativa) ser convertida em prisão), ainda que ambas possuam caráter patrimonial, (iii) a existência de lei federal que expressamente autorizava a persecução do mesmo fato através do direito penal e administrativo e (iv) a tradição republicana do fenômeno (compreendido como não ofensivo ao *ne bis in idem*)<sup>847/848</sup>.

Do mesmo modo, em 1985, a Corte entendeu, ao analisar o HC n. 62196<sup>849</sup>, que tratava de um indivíduo que dirigia veículo sem habilitação, que não havia violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois uma multa tinha caráter administrativo e era aplicada pela Administração como manifestação do exercício do poder de polícia, enquanto a outra multa tinha caráter penal, somente aplicável pelo Poder Judiciário, como repressão à conduta de perigo à incolumidade pública.

Em 05.12.2017, o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar o tema no Mandado de Segurança n. 32.788/GO<sup>850</sup>. Neste caso, Demóstenes Torres – membro do Ministério Público que estava licenciado para exercer o mandato de Senador da República – se insurgiu pelo fato de haver procedimento disciplinar instaurado no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e no âmbito do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, em razão dos mesmos fatos, o que representaria o vedado *bis in idem*.

---

<sup>847</sup> Nesse ponto, interessante registrar que a decisão faz menção a Pontes de Miranda e seus comentários à Constituição da época (tomo I, pág. 442 da obra do autor). O autor admitia a dualidade de sancionamento.

<sup>848</sup> O voto proferido pelo Ministro Philadelpho Azevedo toca em pontos essenciais ao presente estudo. Há, por exemplo, menção expressa à dificuldade – ou incapacidade – da doutrina em distinguir ilícitos penais de ilícitos administrativos, “resultando o empirismo e o arbítrio a caracterizar a ação legislativa”.

<sup>849</sup> STF, HC 62196, Primeira Turma, Relator Min. Rafael Mayer, julgamento em 26.02.1985 e publicação em 15.03.1985.

<sup>850</sup> STF, MS 32.788, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 05.12.2017.

Não obstante o caso trate de sanção proveniente de processo administrativo disciplinar – que não é o foco do presente estudo –, importa analisar parte da fundamentação trazida pela Corte<sup>851</sup>.

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes, relator do voto, registra que o princípio do *ne bis in idem* “constitui-se como uma garantia do cidadão diante do poder sancionador do Estado” com o objetivo de tutelar seu direito subjetivo a uma persecução pautada pelo devido processo legal que, ao final, resulte em uma sanção *proporcional* e condizente com a ofensa ao bem jurídico. Registra, na sequência e porém, que “a concretização do princípio em apreço em nosso ordenamento jurídico não se releva isenta de desafios”.

Ainda no mesmo julgamento, estabelece que “considerando a evolução do tema no sistema pátrio, é viável a sistematização da matéria no sentido de reconhecer a exigência de *três requisitos* para a aplicação do princípio *non bis in idem*”, quais sejam: (i) uma mesma conduta a constituir o objeto de mais de uma persecução de natureza sancionatória, (ii) identidade subjetiva (ou seja, mesma pessoa sancionada) e (iii) identidade *teleológica* da norma sancionadora.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na Reclamação n. 41.557/SP<sup>852</sup>, interposta por Fernando Capez, que alega que a Corte trancou ação penal ajuizada em seu desfavor<sup>853</sup> e, ato contínuo, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com base nos mesmos fatos, o que violaria o princípio do *ne bis in idem* (na vertente processual, mais especificamente).<sup>854</sup>

---

<sup>851</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou por diversas vezes sobre o tema da duplicidade sancionatória especificamente no âmbito do processo administrativo disciplinar. Veja-se, nesse sentido, o RMS n. 8048, de relatoria do Min. Victor Nunes, de 26.04.1962, e que fundamentou a edição da Súmula 19 do STF (“É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”), o REXT n. 120.570, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 8.11.1991, o MS n. 20.947, de relatoria do Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 10.11.1989 e o MS n. 22.728, de relatoria do Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13.11.1998.

<sup>852</sup> STF, RCL n. 41.557/SP, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2020.

<sup>853</sup> O trancamento ocorreu no âmbito do HC n. 158.319/SP, julgado pelo STF, Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23.08.2019 e publicação em 03.09.2019. Ademais, alega o reclamante que o trancamento não se baseou em (mera) insuficiência probatória, mas na demonstração de existência de provas ilícitas e de inexistência de participação nos fatos, de modo que o Ministério Público teria ignorado a projeção, sobre a esfera civil, dos efeitos da decisão penal, bem como violado a autoridade da decisão e a norma prevista no art. 935 do Código Civil.

<sup>854</sup> Sobre o tema vide BUONICORE, Bruno Tadeu e MENDES, Gilmar. A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. In *Boletim IBCCRIM* n. 340, ano 29, março de 2011.

O Supremo Tribunal Federal, então, na intenção de julgar a (mencionada) causa, se propõe a responder o (exato) questionamento: em que medida o *bis in idem* – aqui compreendido como a duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas – é vedado na relação que se coloca entre direito penal e direito administrativo sancionador?<sup>855</sup>

Durante o desenvolvimento do voto, o Min. Relator assenta pressupostos que interessam sobremaneira ao presente estudo – e que trazem mudanças significativas em relação ao histórico jurisprudencial relativo à matéria.

A um, reconhece que 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”.<sup>856</sup>

---

<sup>855</sup> Aury LOPES JR e Keity SABOYA escreveram artigo denominado “Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo”, publicado no site do Conjur em 10.07.2020. Reconhecem, no artigo, que a decisão representa importante inflexão na jurisprudência constitucional, em especial quanto à necessidade de reconstrução do sentido e do alcance do *ne bis in idem*, especialmente na relação Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. “Emergiram importantes balizas para o fortalecimento do espectro de proteção do *ne bis in idem*, com a sinalização de premissas estruturantes em busca de um efetivo reconhecimento do direito à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e sob os mesmos fundamentos”. LOPES JÚNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>>. Acesso em: 04.02.2021

<sup>856</sup> Importa esclarecer que a decisão mencionada é paradigmática e vai de encontro a outras decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 976566, em 13.09.2019, pelo Tribunal Pleno, com relatoria do Min. Alexandre de Moraes, o Supremo entendeu pela “consagração da autonomia entre as instâncias” e assentou que “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.” O Superior Tribunal de Justiça também (historicamente) compreende de modo distinto, vide, por exemplo, AREsp 1479655/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 18.12.2020, ao afirmar que “em respeito à autonomia e independência das esfera civil, penal e administrativa, a existência de processo em trâmite na esfera criminal não impede a deflagração da persecução administrativa, tampouco enseja o seu trancamento”. Ainda nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: REsp n. 1633901/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.06.2017, AGInt no AREsp n. 1381907/AM, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 22.03.2017, REsp 1135858/TO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 05.10.2009, REsp 1454036/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.10.2018 e RHC 64446/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26.11.2015.

A dois, ao transcrever trecho da obra de OLIVEIRA<sup>857</sup>, menciona decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que apontou a necessidade de se firmar *um conceito unitário em matéria punitiva estatal*, compreendendo o direito administrativo sancionador como um *autêntico subsistema penal*. Na mesma linha, transcreveu trecho da obra de LOBO DA COSTA<sup>858</sup> que defende a adoção de um *enfoque conjunto* no campo da política sancionadora, ou seja, que se considere (conjuntamente) os ramos sancionadores, como requisito imprescindível para estabelecer *um mínimo de racionalidade à questão*.<sup>859</sup>

A três, conjugando os pressupostos anteriores, reconhece a necessidade de limitar o *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (i) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (ii) da extensão de garantias individuais tipicamente penais (leia-se: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*) para o espaço do direito administrativo sancionador<sup>860/861</sup>.

---

<sup>857</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2012, que posteriormente foi publicada com o título *Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

<sup>858</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>859</sup> Historicamente, como se viu, os Tribunais brasileiro entendem em sentido contrário. Veja-se, por exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça que registra que “a nossa legislação consagra o princípio da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. (...) Não há falar, pois, em *bis in idem* em relação aos múltiplos remédios concomitantes, complementares e convergentes do ordenamento jurídico contra violação de suas normas”. STJ, AgInt no AREsp 1517245/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 19.12.2019.

<sup>860</sup> E, nesse ponto, novamente o Supremo Tribunal Federal faz menção a julgamento realizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), mais especificamente ao *caso Oztürk*, de 1984, que estabeleceu um conceito amplo de direito penal, reconhecendo o direito administrativo sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal.

<sup>861</sup> O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido oposto. Veja-se, por exemplo, Pet 3240 AgR, Tribunal Pleno, Relator Min. Teori Zavascki, Relator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento em 10.05.2018: “os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas (...). O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações *penais* comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações *penais*. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza *penal*.” Ainda, veja-se a ADI 2797/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15.09.2005, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que discute, em termos, o tema: “de outro lado, pretende a lei questionada (art. 84, §2º, CPP) equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação *penal* contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal



A quatro, expressamente registra que “a assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*”, resulta na ideia de que “tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos *subsistemas*, mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os *subsistemas*”. E, é válido dizer, por *subsistemas* quer-se dizer, em verdade, *instâncias*.

A cinco, ao mencionar dispositivos constitucionais que estabelecem a independência entre as instâncias, a Suprema Corte brasileira entende que “tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*”.<sup>862</sup>

A seis e por fim, conclui o Supremo Tribunal Federal – fazendo expressa menção ao caso *Grande Stevens*, julgado pelo TEDH em 2014 e já tratado no presente estudo - que “círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição” devendo ser o *bis in idem*, portanto, “vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”.

Assim, decide a Corte por julgar procedente a Reclamação e reconhecer a violação ao princípio do *ne bis in idem*, entre o ilícito penal e o administrativo, por reconhecer a identidade (i) entre sujeito, (ii) entre conjunto fático-probatório e (iii) entre sanções de natureza *punitiva* (ou seja, a identidade entre as *funções* das sanções).

Vê-se, portanto, que historicamente as Cortes brasileiras reconhecem o princípio do *ne bis in idem*, mas apenas no âmbito *interno* de cada instância. Quando instadas a pensar/julgar o princípio entre instâncias diversas (penal e administrativa), como regra as Cortes se apegam ao mantra da independência entre as instâncias e concluem pela inexistência de violação ao *ne bis in idem*. Recentemente, porém, em julgamento que considerou a vertente processual do *ne bis in idem*, abriu-se fenda na sólida jurisprudência das Cortes, o que parece

---

sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies”. O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

<sup>862</sup> Aqui, mais uma vez, a decisão se socorre na obra de LOBO DA COSTA, ao afirmar que uma independência absoluta entre direito penal e direito administrativo sancionador revela um equívoco metodológico que alcança sérios problemas práticos. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 119 e ss.

trazer novos contornos – mais próximos aos estabelecidos pelas cortes internacionais – à discussão.

#### 4.3 CONCLUSÕES SOBRE O PAPEL DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL

O tópico 4.2 foi inaugurado com o seguinte questionamento: sempre que o Estado, em razão *do mesmo fato*, punir *múltiplas vezes*, haverá violação do princípio do *ne bis in idem*?

É hora de respondê-lo.

Para responder ao questionamento, então, firmou-se um *primeiro pressuposto*: a Constituição Federal e as leis ordinárias não apenas *autorizam*, como (expressamente) *recomendam* que, diante da prática de determinado fato, advenham sanções penais, administrativas e civis. Leia-se: a existência da multiplicidade sancionatória, em razão do mesmo fato, por si só e sob um primeiro olhar, não pode ser considerada inconstitucional e não viola o princípio do *ne bis in idem*.<sup>863</sup>

---

<sup>863</sup> O posicionamento adotado pelo presente estudo guarda relação especificamente com o caso brasileiro e considerou, portanto, a Constituição Federal e a legislação brasileira. Não se ignora que outros países, ao (modernamente) estudarem a matéria, dão um passo além e consideram que *toda vez* que se punir *o mesmo fato*, mesmo que através de instâncias distintas (penal e administrativa), estar-se-á a violar o princípio do *ne bis in idem*. “Há, no direito estrangeiro, teses interessantes que merecem reflexão, tais como a de que uma mesma conduta não deve ser punida cumulativamente com sanção administrativa e com sanção penal. Os países que reconhecem um *bis in idem* em tais casos são a Alemanha (segundo as disposições do art. 20 da Lei de Contraordenações), a Itália (em que deverá prevalecer o ilícito mais específico), a Espanha e Portugal. A França, diferentemente, tem reconhecido a possibilidade de aplicação cumulada de ambas as sanções. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242. A situação na Espanha merece consideração específica: não se admite sancionamento penal e administrativo em razão do mesmo fato. Assim, “*el principio non bis in idem prohíbe imponer varias sanciones – ya sean penales o administrativas, o varias administrativas – cuando concurren identidad de sujeto infractor, hecho y fundamento de las mismas.*” Em termos procedimentais, “*existe una preeminência de la sanción penal con respecto a la sanción administrativa. Según la STS de 23 de noviembre de 2005 no es lícito tipificar como infracción administrativa una conducta ya tipificada como delito, siempre que concurra las tres identidades: sujeto, objeto y fundamento. En el supuesto caso de que se hubiese iniciado ya un procedimiento administrativo sancionador, deberá suspenderse el expediente, como se establece en el artículo 5.1 del RPPS, en espera del pronunciamiento judicial penal. El principio non bis in idem desarrolla su eficacia «ex post», es decir, impide la nueva sanción cuando una infracción ha sido ya sancionada con anterioridad. Sin embargo, la condena penal sería inviable si ya existe una resolución administrativa sancionadora –STC 177/1999– o de entenderse que la sanción penal prevalece sobre la administrativa dejaría sin efecto la sanción administrativa, o implicaría su anulación o revisión.*” JIMÉNEZ, Irene Nuño; SEGUIDO, Francisco Puerta. Derecho administrativo sancionador: principios de la potestad sancionadora. In *Gabilex*, n. 5., España, Mar/2016. Disponível em <https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/derecho-administrativo-sancionador-principios-de-la-potestad-sancionadora>. A decisão paradigmática proferida pelo Tribunal Constitucional espanhol é de 1981 (sentença n. 2/1981, Sala Primera, BOE núm. 47 de

Mas o tema exige um olhar (muito) mais acurado. Se se está a tratar do (a)cúmulo entre sanções penais e administrativas, essencial compreender se há distinção – e como ela se dá – entre ilícito penal e administrativo. Nesse ponto, fixou-se um *segundo pressuposto*: há distinção *qualitativa* (de conteúdo/natureza, portanto) entre os ilícitos, de maneira que o legislador não possui carta branca para simplesmente (e sem observar critérios) *definir* o que é ilícito penal e o que é ilícito administrativo.

Mais especificamente, o legislador deve atentar que existe (i) um núcleo duro, em que a prática de ilícito deve, necessariamente, ensejar sanção penal, posto que o direito administrativo é descabido e insuficiente, (ii) um núcleo destinado, necessariamente, ao direito administrativo, em razão da ausência de lesividade a um bem jurídico de dignidade penal e (iii) um núcleo em que direito penal e direito administrativo podem, ambos, operar.

Daí decorre, inicialmente, que o legislador deve estar atento (i) a este *guia*, ao considerar um ilícito como penal ou administrativo e (ii) ao princípio do *ne bis in idem* – lembrando que o Poder Legislativo é o primeiro destinatário do

---

24.02.1981) disponível em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/>> Acesso em: 08/02/2021. No sistema alemão, a discussão tem menor relevo, posto que os ilícitos contraordenacionais são tidos como integrantes do direito penal *lato sensu*; assim, a discussão sobre eventual *bis in idem* se realiza não entre as instâncias (o que é mais complexo), mas sim no âmbito interno do direito penal (o que é mais pacificado). Quanto à Itália, observa-se que a Lei n. 689/1981, em seu art. 9º, expressamente impõe seja a opção pela sanção penal ou administrativa. É o que lá se denomina princípio da especialidade. Diante disso, constata-se que, naquele país, não há distinção qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo – em oposição, nesse ponto, ao que se concluiu no presente trabalho. Porém, a similitude de ambas as normas torna quase impossível a missão de saber qual deve prevalecer no caso concreto. Por isso, nas hipóteses em que acaba por (inevitavelmente) haver cumulação, a doutrina ressalva que haja uma compensação/detração. “Já na Bélgica, é possível encontrar decisões jurisprudenciais muito interessantes sobre a matéria. A Corte Constitucional afirma não haver violação *do ne bis in idem* caso o legislador preveja ilícitos penais e administrativos para os mesmos fatos em tese. Todavia, assevera não ser possível a ocorrência de *bis in idem* em casos concretos, devendo ser o conflito solucionado pelo juiz competente para julgar a matéria”. Veja-se, portanto, que também na Bélgica há especial relevância por parte do Poder Judiciário, que faz a compatibilização entre sanções penais e administrativas. LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, 2013, p. 203. No que diz respeito à Argentina, não obstante seja constatável o problema da sobreposição entre ilícitos penais e administrativos, a jurisprudência vem dando ênfase à discussão na questão processual, ou seja, vem debatendo situações em que há absolvição em uma instância e, depois, novo julgamento em instância diversa. No que refere à dimensão material, de duplicidade sancionatória: “(...) la jurisprudencia argentina parece permanecer ajena a la clásica ‘patología’, involucrada con el non bis in idem, de superposición de sanciones administrativas y penales, de actualidad en España”. LA ROCCA, Lucas Fallet. *Es Posible Pensar el Non Bis in Idem Como una Garantía Unitaria?* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2015, p. 31.

princípio<sup>864</sup> –, de modo a evitar a criação de sancionamentos múltiplos para ilícitos cuja natureza, em verdade, se confunde.

Daí decorre, também e especialmente, que o legislador pode (ao não cumprir o acima estabelecido) acabar por classificar como *penal* algo que seja, em verdade, *administrativo*, assim como pode classificar como *administrativo* algo que seja, em verdade, *penal* (em uma espécie de *burla de etiquetas*). Tal conclusão não está em consonância apenas com os pressupostos já fixados, mas também com as posições das cortes internacionais que estudam a matéria de modo (muito) mais aprofundado que os tribunais nacionais.

A partir do tópico 4.2.1 passou-se a analisar julgamentos realizados no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a respeito do tema e foi possível constatar que (i) tais tribunais, de modo unânime, reconhecem que *a classificação realizada pelo legislador não vincula a (real) natureza do ilícito*, (ii) tais tribunais, de modo também unânime, *verificam alguns critérios (Engel criteria)* para constatar *a (real) natureza do ilícito*: primeiro, verificam a classificação dada pelo legislador (não vinculativa), depois, verificam o conteúdo/a natureza do próprio ilícito, por fim, verificam o grau de severidade (bem como a função) da sanção imposta.

É dessa análise mais detalhada – e não da mera classificação realizada pelo legislador – que o Poder Judiciário (segundo destinatário do princípio do *ne bis in idem*<sup>865</sup>) poderá concluir se as múltiplas sanções são *legitimamente passíveis de imposição* (nos moldes em que permite e recomenda a Constituição Federal e as leis ordinárias) ou se o legislador acabou por incorrer em *burla de etiquetas* e, com isso, impôs sanções que *não são legitimamente passíveis de imposição*.

Para aclarar a assertiva: o legislador pode classificar como administrativo um ilícito que tem – em razão da natureza do ilícito, da gravidade e da função da sanção imposta – evidente caráter penal. Nessa hipótese, a cumulação de tal ilícito “administrativo” (que é, em verdade, penal) com um (outro) ilícito penal violará, sim, o princípio do *ne bis in idem*.

De outro lado, caso o legislador *classifique corretamente os ilícitos* – ou seja, o ilícito classificado como penal tenha efetivamente (pelos critérios acima)

---

<sup>864</sup> Nesse ponto, remetemos o leitor ao tópico 2.10, mais especificamente 2.10.1, do Capítulo 02.

<sup>865</sup> Nesse ponto, remetemos o leitor ao tópico 2.10, mais especificamente 2.10.2, do Capítulo 02.

caráter penal e o ilícito classificado como administrativo tenha efetivamente (pelos critérios acima) caráter administrativo –, poderá haver, *legitimamente* (sem violação do *ne bis in idem*), a aplicação de ambas as sanções.

(Nesse ponto, é essencial antecipar: a legitimidade de aplicação de ambas as sanções *não se confunde* com a legitimidade da aplicação *simplesmente cumulada* de ambas as sanções. Mas aí a questão está relacionada não ao princípio do *ne bis in idem*, mas ao princípio da proporcionalidade e, portanto, será objeto dos tópicos subsequentes).

Por ora, importa concretizar a teoria construída através de casos práticos.

#### **4.3.1 Hipóteses de *compatibilidade* entre sanção penal e administrativa pelo mesmo fato: ausência de violação ao *ne bis in idem***

Caso muito estudado pelas cortes internacionais é o relacionado ao *ilícito tributário*. Pode – sem que haja violação ao *ne bis in idem* – uma sonegação fiscal fraudulenta (fato) constituir, *ao mesmo tempo*, um ilícito administrativo e um ilícito penal? E, conseqüentemente, autorizar a imposição de uma sobretaxa (multa) sancionatória e uma sanção penal?

Sim, é possível. Nesse caso, os ilícitos penal e administrativo são passíveis de legítima coexistência e não são compostos pelos mesmos elementos, ou seja, *são substancialmente distintos*<sup>866</sup>.

Veja-se que quando se analisa (a natureza/o conteúdo de) um *ilícito tributário-administrativo* é possível constatar a composição<sup>867</sup> por um critério material (conduta praticada), um critério temporal (condições de tempo) e um critério espacial (condições de lugar), que são, fácil notar, critérios de natureza destacadamente *objetiva*, “sem maior espaço a referências de caráter substancial ou a elementos de ordem subjetiva, atinentes à intenção e/ou à

---

<sup>866</sup> Sobre o tema já tivemos oportunidade de nos manifestar, em coautoria com Fabio Roberto D’Avila, em D’AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários*. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni (coords.). São Paulo: Malheiros, 2018, p. 265 e ss.

<sup>867</sup> Para que exista obrigação tributária, necessário que haja subsunção exata do fato concretamente ocorrido à descrição legal, ou seja, à hipótese de incidência tributária. É deste encaixe perfeito que nasce o *fato jurídico tributário*. Para tanto, conforme estabelece parte da doutrina, é preciso observar critérios/elementos/aspectos da regra-matriz de incidência: o material, o temporal e o espacial. Nesse sentido CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 261 e ss, bem como VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 62 e ss.

culpa”<sup>868/869</sup>. Tanto assim que a infração tributária é conceituada como “toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente, represente o descumprimento dos deveres jurídicos estatuídos em leis fiscais”<sup>870</sup>.

Já quando se analisa (a natureza/o conteúdo) de um *ilícito tributário-penal*, as coisas se dão de forma bastante diversa. O conteúdo material do ilícito penal é constituído por dois centros de desvalor indispensáveis e insubstituíveis: o *desvalor de ação* (prática de fraude) e o *desvalor de resultado* (prejuízo ao erário). Juntos, formam uma *unidade de sentido* que, embora tenha no desvalor de resultado o seu núcleo fundamental – na medida em que consubstancia o referencial teleológico da norma –, somente na presença e convergência de ambos pode alcançar (a exigida) *dignidade penal*.<sup>871</sup>

Dito de modo simplificado: a *fraude* e o *prejuízo ao erário* são elementos essenciais à composição do ilícito penal, mas não são à composição do ilícito administrativo, o que bem evidencia que a natureza (o conteúdo) dos ilícitos é distinta.<sup>872</sup>

---

<sup>868</sup> D’AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários*. Coord. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 267.

<sup>869</sup> Isso não significa um completo descarte dos elementos subjetivos pelo Direito Tributário. “Ainda que o princípio geral, no campo das infrações tributárias, seja o da responsabilidade objetiva, o legislador não está tolhido de criar figuras típicas de infrações subjetivas. São elas a sonegação, a fraude e o conluio” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 472). Tais elementos, porém, não são essenciais à configuração do ilícito. Pelo contrário, são considerados exclusivamente quando do cálculo (da dosimetria) da sanção (multa), e não quando da análise da (existência da) tipicidade.

<sup>870</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 470.

<sup>871</sup> D’AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários*. Coord. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 273 e 274.

<sup>872</sup> E, aliás, é por tal razão que nos parece que, quando não houver a fraude ou o prejuízo ao erário, não se pode considerar constituído o ilícito penal, mas meramente o ilícito administrativo. Nesse sentido, são necessárias e robustas as críticas à atual compreensão que (especialmente) o Ministério Público e os Tribunais brasileiros vêm conferindo aos ilícitos tributários-penais. É que, em nome de uma intenção (explicitamente) arrecadatória, vem-se sacrificando a dogmática e os princípios penais. O sistema tributário-penal então “nace viciado en su origen, pues la idea central que lo motivo fue la recaudatoria, lo que, lamentablemente, lo aleja del objetivo del derecho penal, que claramente no es recaudatorio, sino repressivo de aquellas conductas que vulneran los bienes jurídicos tutelados”. (ALVARÉZ ECHAGUE, Juan Manuel. *La extinción de la acción penal tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018, p. 45). A verdade é que o Ministério Público vem denunciando como ilícitos penais – e os Tribunais vêm condenando criminalmente – condutas que são, em verdade, meros ilícitos administrativos, ou seja, vêm (forçadamente) considerando crime tributário condutas que não possuem fraude e/ou prejuízo ao erário. Em outras palavras: tem ocorrido uma (indevida) *equiparação*, na prática forense, entre ilícito penal e ilícito administrativo. (Para exemplos concretos, mais uma vez recomenda-se a leitura de D’AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos*

Ademais, é possível verificar que o legislador, quando carimba o ilícito como administrativo e como penal, não viola os *guias* estabelecidos pela distinção entre os ilícitos. Leia-se: é possível/correto carimbar o ilícito como penal quando há fraude e prejuízo ao erário, pois estão presentes os elementos essenciais de (i) lesividade e (ii) bem jurídico com dignidade penal, assim como é possível/correto carimbar o ilícito como administrativo, quando há mera supressão de pagamento de tributo. O legislador não está a burlar etiquetas. E, conseqüentemente, o princípio do *ne bis in idem* não está sendo violado.

Outra espécie de caso julgado constantemente pelas Cortes Internacionais refere a *ilícitos de trânsito*. Mencione-se, como exemplo concreto, o caso *Franz Fischer contra a Áustria*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)<sup>873</sup>. Como visto, Franz Fischer, ao dirigir embriagado, atropelou

---

*do Instituto de Estudos Tributários*. Coord. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni. São Paulo: Malheiros, 2018). A consequência disso é que, na teoria, a coexistência de ilícito penal e ilícito administrativo (quando cada qual respeita o próprio conteúdo) não viola o princípio do *ne bis in idem*, mas, na prática (em que ocorre a indevida equiparação entre ilícito penal e ilícito administrativo), está, sim, a haver violação do referido princípio. Rememore-se, aqui, em particular, o recente (e emblemático) precedente do STF que passou a considerar crime contra a ordem tributária o não recolhimento do ICMS regularmente declarado (conduta que, até então e corretamente, era considerada um mero inadimplemento de dívida tributária, que não suplantava a esfera do ilícito fiscal): “Direito penal. Recurso em Habeas Corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. 2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA. 4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonogado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito. 5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro *modus operandi* do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. 6. A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc. 7. Recurso desprovido. 8. Fixação da seguinte tese: O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. (RHC 163334, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe-271, Publicação 13/11/2020)”.

<sup>873</sup> É possível consultar referido caso em: <[https://www.menschenrechte.ac.at/orig/01\\_3/Fischer.pdf](https://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_3/Fischer.pdf)> “On 6 June 1996, the applicant, whilst driving under the influence of drink, knocked down a cyclist who was fatally injured. After

um ciclista, causou sua morte e se ausentou do local sem prestar qualquer assistência. O cidadão austríaco foi condenado por ilícito administrativo à pena de multa e, posteriormente, pelos mesmos fatos, pelo crime de homicídio culposo, à pena de seis meses de prisão.

O TEDH entendeu violado o princípio do *ne bis in idem*, pois, em razão dos mesmos fatos, houve duplo processamento e dupla imposição sancionatória. Para o presente estudo, o resultado do julgamento está equivocado.

No caso analisado, constata-se a possibilidade de coexistência entre ilícito penal e ilícito administrativo sem que haja violação do princípio do *ne bis in idem*. Inicialmente, há que se considerar que, no caso, há, em verdade e de início, *concurso de ilícitos* (embriaguez ao volante, fuga do local dos fatos sem prestar auxílio e homicídio culposo) e não um único ilícito<sup>874/875</sup>.

---

*hitting the cyclist, the applicant drove off without stopping to give assistance and only gave himself up to the police later that night. On 13 December 1996, the St. Pölten District Administrative Authority (Bezirkshauptmannschaft), finding the applicant guilty of a number of road traffic offences, ordered him to pay a fine of 22,010 Austrian schillings (ATS) with twenty days' imprisonment in default. This sentence included a fine of ATS 9,000 with nine days' imprisonment in default imposed for driving under the influence of drink, contrary to sections 5 and 99 of the Road Traffic Act 1960 (Straßenverkehrsordnung). On 18 March 1997 the St. Pölten Regional Court (Landesgericht) convicted the applicant under Article 81 § 2 of the Criminal Code (Strafgesetzbuch) of causing death by negligence "after allowing himself ... to become intoxicated ... through the consumption of alcohol, but not to an extent which exclude(d) his responsibility ...", and sentenced him to six months' imprisonment."* Em breves linhas: o ilícito ocorreu em 06.06.1996. Em 13.12.1996, houve condenação pela autoridade administrativa, por ilegalidades no trânsito, com multa (22.010 ATS) e pena de prisão (doze dias) em caso de não pagamento (e essa decisão incluía pagamento de 9.000 ATS com pena de prisão de nove dias em caso de não pagamento pela direção embriagada). Em 18.03.1997, houve condenação criminal, imposta pela autoridade judiciária, pelo homicídio causado por direção embriagada, a seis meses de prisão.

<sup>874</sup> Como nada que refere ao presente tema é tão simples quanto parece, veja-se que mesmo essa assertiva gera discussões. Primeiro, porque, na legislação brasileira, havia, historicamente, um crime para a embriaguez ao volante (art. 306, CTB) e um crime para homicídio culposo na direção do veículo automotor (art. 302, CTB). Porém, a Lei n. 13.546/2017 trouxe o §3º ao art. 302 do CTB, que trata de uma qualificadora para o crime de homicídio culposo: a pena será de cinco a oito anos caso o homicídio seja causado (justamente) por agente que dirige embriagado. Com isso, o homicídio culposo cometido em razão de dirigir embriagado passou a ser um crime único (e não um concurso entre os dois crimes). Segundo, porque também há discussão, no Brasil, se o homicídio culposo com posterior fuga se trata de concurso de crimes entre o art. 302 e o art. 305 do CTB (vide, por exemplo, TJPR, 1ª Câmara Criminal, Apel. Crim. 1613062-8, Rel. Des. Antonio Loyola Vieira, DJe 27.04.2017) ou se seria apenas um crime único majorado pela não prestação do socorro (art. 302, §1º, III do CTB).

<sup>875</sup> Em obra específica sobre o princípio do *ne bis in idem*, Jacobo López Barja de QUIROGA, após realizar análise dos casos julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), registra a seguinte conclusão: "*El TEDH en realidad viene a distinguir entre el concurso de infracciones y el concurso de normas con independencia de que los hechos hayan sido enjuiciados ante el mismo o ante diversos órganos (o Tribunales). Cuando se trata de un concurso de infracciones no se violenta el principio non bis in idem, aunque ha de tenerse el principio da culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un concurso de normas la duplicidade sancionatoria o de enjuiciamiento quebranta el principio non bis in idem.*" QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Madrid: Dykinson, 2004, p. 32.



Depois, há que se considerar que parte dos ilícitos cometidos – homicídio culposo, especificamente – está compreendido no núcleo duro do direito penal, para o qual o ilícito administrativo se revela inadequado e insuficiente. Portanto, o homicídio culposo é (tão somente) um ilícito penal, sequer coincidindo com (algum) ilícito administrativo, razão pela qual a sanção penal se justifica.

Quanto à fuga do local do acidente, tal ilícito parece estar inserido no núcleo comum às (duas) instâncias: se faz possível classificar como ilícito penal (pois há lesividade à bem jurídico com dignidade penal) ou como ilícito administrativo (posto que, nesse caso, diferentemente do homicídio culposo, o direito administrativo não se revela de plano inadequado/insuficiente). No caso da legislação brasileira, a fuga do local do acidente está classificada como ilícito penal (art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro)<sup>876</sup> e não está classificada como ilícito administrativo, razão pela qual também não há, quanto a este ilícito, problema de violação do *ne bis in idem*.

Quanto ao ilícito de dirigir embriagado, a discussão é mais sensível. Isso porque há, no ordenamento jurídico brasileiro, ilícito *administrativo* relacionado ao fato (art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê multa e suspensão do direito de dirigir<sup>877</sup>) e ilícito *penal* relacionado ao fato (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê detenção, multa e suspensão do direito de dirigir<sup>878</sup>).

Aparentemente, ambas as instâncias punem, sim, o *mesmo fato* (por exemplo: um sujeito que ingere três taças de vinho, em um bar, e em seguida dirige até em casa); ambas renunciam à necessidade de dano ou de existência de um perigo concreto decorrente do ato de dirigir; ambas sancionam através de penas semelhantes (com exceção da detenção, que (aliás) dificilmente opera na prática, são previstas multa e suspensão do direito de dirigir) e ambas buscam, através das penas impostas, as mesmas finalidades: retribuir e prevenir.

---

<sup>876</sup> Art. 395. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

<sup>877</sup> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Infração – gravíssima; Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no §4º do art. 270 do Código de Trânsito Brasileiro.

<sup>878</sup> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção de seis a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Portanto, a verdade é que, nesse caso, o *bis in idem* fica a um passo de ser violado. Porém, o que faz ser *possível* a coexistência entre ambos os ilícitos (penal e administrativo) é a *não completa coincidência entre os ilícitos*. Dito de forma mais clara: o ilícito administrativo corresponde a (e se satisfaz com) uma conduta/violação de dever (dirigir sob influência de álcool, independentemente de qualquer outra circunstância). O ilícito penal, não. O ilícito penal, para (legitimamente) existir, precisa (como visto) que haja *lesividade* a um bem jurídico com dignidade penal. É uma exigência a mais, que distingue ambos os ilícitos qualitativamente.

Nesse ponto, duas considerações são (absolutamente) *essenciais* para a compreensão do que se está aqui a defender.

A *primeira consideração* guarda relação com a concepção de crime de perigo abstrato que o presente estudo adota<sup>879</sup>. Para ser legítimo, o crime de perigo abstrato conta com um *desvalor de ação* e, *conjunta e necessariamente*, com um *desvalor de resultado*<sup>880</sup>. Assim, diferentemente do que entende a doutrina tradicional<sup>881</sup> e a jurisprudência majoritária<sup>882</sup>, o crime de perigo abstrato

---

<sup>879</sup> Como visto de forma mais detalhada no Capítulo 01 (mais especificamente no tópico 1.5), a ofensividade, aqui – considerando uma visão onto-antropológica do direito penal –, corresponde ao dano/violação ao bem jurídico (crime de dano), o concreto pôr em perigo (crime de perigo concreto) e o cuidado de perigo (crime de perigo abstrato).

<sup>880</sup> Para aprofundamento no tema, vide D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74 e ss, p. 110 e ss. Ademais, o tema foi tratado com maior vagar no Capítulo 01, tópico 1.5, do presente trabalho. Recomenda-se, ainda, a leitura de GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, jul./ago., 2004. Neste artigo, GRECO rejeita o frequente discurso de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, mas porque também rejeita a usual concepção conferida aos crimes de perigo abstrato.

<sup>881</sup> Já tratamos do tema no Capítulo 01, tópico 1.5, ao qual se faz remissão. De qualquer modo, vale registrar que existem duas linhas teóricas clássicas sobre os crimes de perigo abstrato: *teorias da presunção* (o crime de perigo abstrato seria uma presunção (originalmente, uma presunção *absoluta*) criada pelo legislador, a partir da avaliação de fatos concretos) e *teorias da ação perigosa* (que buscam a fundamentação dos crimes de perigo abstrato em estatísticas, em observações recorrentes, e fazem com que o legislador criminalize a conduta de caráter perigoso). LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36 e 37. Note-se, ademais, que tais correntes doutrinárias seguem sendo adotadas pela jurisprudência. Vide, nesse sentido, STJ, RHC 64.039/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016, que, ao analisar o art. 56 da Lei n. 9.605/98, entendeu que “descreve crime ambiental formal de perigo abstrato, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica”. Ainda, vide TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 394410-5 - São Miguel do Iguaçu - Rel.: Desembargador Oto Luiz Sponholz - Unânime - J. 13.09.2007, que ao analisar o crime de porte ilegal de arma de fogo, entendeu que “o delito de porte ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato, ou seja, há uma presunção absoluta por parte do legislador que a prática da conduta, ainda que não ocorra qualquer resultado naturalístico ou perigo concreto, implica na imputação do agente da figura típica.”

<sup>882</sup> Veja-se, por exemplo, STF, HC 137655, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29.09.2017 e publicação em 13.10.2017, em que já a ementa registra que “o crime de

não se contenta com a conduta (mera violação do dever) e com a *presunção de perigo* que sua (mera) existência gera. Na concepção aqui adotada, exige-se, sim, *existência de perigo* e admite-se, sim, casuisticamente, *prova em contrário* da existência de perigo, razão pela qual só estará configurado o crime quando, de fato, houver a lesividade a um bem jurídico de dignidade penal<sup>883</sup>. É (apenas) diante dessa concepção que se torna possível a coexistência entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

A *segunda consideração*, portanto, é que, caso se considere a concepção da doutrina tradicional e da jurisprudência majoritária para crimes de perigo abstrato – como sinônimo de violação de dever, em que o perigo é presumido *ex ante* de forma *absoluta*, afastando toda e qualquer necessidade de aferição de lesividade no caso concreto –, há, sim, violação do princípio do *ne bis in idem* com a (co)existência de ilícito penal e ilícito administrativo (art. 165 e 306 do CTB). Isso porque, da forma como se compreende o crime de perigo abstrato, o conteúdo do ilícito penal passa a coincidir com conteúdo do ilícito administrativo. Nesse caso, portanto, deve prevalecer (apenas) a existência do ilícito administrativo, sendo afastada/eliminada a existência do ilícito penal.

Ainda sobre casos relacionados ao trânsito, pense-se na hipótese de um sujeito que comete homicídio culposo por estar em excesso de velocidade em determinada via pública. Nesse caso, assim como no caso julgado pelo TEDH, há pluralidade de ilícitos e não há violação ao princípio do *ne bis in idem*: um

---

embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é caracterizado como delito de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado”, bem como o HC 109269, do STF, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 27.09.2011 e publicação em 11.10.2011, em que expressamente se afirma que “no tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime”. Ademais, veja-se STJ, HC 231566/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28.06.2013, que aduz que “conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela simples condução de veículo automotor em estado de embriaguez” e HC 155069/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26.04.2010, que estabelece que “o crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta”, no mesmo sentido do recente AgRg no REsp 1854277/SP, Quinta Turma, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31.08.2020 e de tantos outros.

<sup>883</sup> Para tornar mais palpável, recorde-se exemplo já dado no Capítulo 01, tópico 1.5: se um motorista estiver dirigindo em via pública, com quantidade de álcool no sangue superior à admitida no art. 306 do CTB, mas ficar demonstrado, casuisticamente, que a via estava, quilômetros adiante, fechada em razão de uma reforma, ou seja, não havia possibilidade de outros motoristas adentrarem naquele local, para a concepção que aqui se defende de crime de perigo abstrato, o crime *está afastado* (restando a sanção apenas no âmbito administrativo). Para a doutrina tradicional e para a jurisprudência majoritária, porém, o crime estaria configurado.

ilícito é (apenas) administrativo (excesso de velocidade) – e não pode ser classificado como penal, posto que não há lesividade a bem jurídico de dignidade penal – e outro ilícito é (apenas) penal (homicídio culposo) – e não pode ser classificado como administrativo, pois tal instância é inadequada e insuficiente.

A problematização maior está, portanto, em ilícitos (únicos) que, *ao mesmo tempo*, são classificados como ilícito penal e ilícito administrativo. Além do caso de dirigir embriagado, isso ocorre, por exemplo, na combinação do art. 310 com o art. 166 do Código de Trânsito Brasileiro. Ambos punem (exatamente) a conduta de “confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa que, pelo estado físico ou psíquico, não esteja em condições de dirigir em segurança”. O art. 166 prevê multa, enquanto o art. 310 prevê multa ou detenção. Também é o caso da combinação entre o art. 309 com o art. 162, I e II do Código de Trânsito Brasileiro. Ambos punem (exatamente) a conduta de “dirigir, gerando perigo de dano, sem possuir CNH, ou com a CNH suspensa/cassada”.

Esses são os casos que (i) ou violam o princípio do *ne bis in idem* – em razão do legislador ter incorrido em fraude de etiqueta e classificado algum dos ilícitos de modo indevido, situação na qual um dos ilícitos deve ser simplesmente excluído –, (ii) ou *não violam* o princípio do *ne bis in idem*, mas devem passar por um segundo filtro: o do princípio da proporcionalidade, como veremos nos tópicos subsequentes.

Por fim, analise-se o (recorrente) caso de um funcionário público que recebe propina. Esta (mesma) conduta ensejará sanções no âmbito penal (art. 317 do Código Penal, que prevê reclusão de dois a doze anos, além de multa), no âmbito administrativo disciplinar (art. 117, XII e outros, c/c art. 132 e art. 134 da Lei n. 8.112/90, que preveem a demissão e a cassação da aposentadoria), bem como no âmbito da improbidade administrativa (art. 9º, I, c/c art. 12 da Lei n. 8.429/92, que preveem a perda dos bens e valores ilícitos, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, multa e proibição de contratar com o Poder Público por determinado período).

Inicialmente, há que esclarecer que não há afronta ao princípio do *ne bis in idem* quando há cumulatividade entre ilícito penal (ou administrativo-sancionador) e ilícito de natureza *disciplinar*, em razão da condição de *sujeição especial* entre Estado e sujeito.<sup>884</sup>

---

<sup>884</sup> Nesse ponto, remetemos o leitor ao tópico 1.4.2 do Capítulo 01, em que justificamos de modo mais detalhado o motivo pelo qual o presente estudo não engloba os ilícitos disciplinares.

A discussão se coloca, portanto, em relação à aplicabilidade conjunta das sanções provenientes do ilícito penal e do ilícito relacionado à improbidade administrativa. Para analisar se há ou não violação do princípio do *ne bis in idem*, renunciar-se-á à mera análise da classificação realizada pelo legislador brasileiro e se analisará os critérios fornecidos pelos tribunais internacionais.

O primeiro critério é a verificação – não vinculante – da classificação realizada pelo Poder Legislativo. Nesse ponto, tem-se que o (mesmo) ilícito foi classificado como penal e como administrativo-sancionador. Ato contínuo, há que se analisar a própria natureza da infração e o grau de severidade e a função da sanção imposta. Essa é tarefa mais complexa. O ilícito previsto no art. 317 do Código Penal possui, dúvida não há, *caráter penal* (porque se amolda aos requisitos do ilícito penal (lesividade a um bem jurídico de dignidade penal) e conta com pena privativa de liberdade, além de multa). Já no que refere ao ilícito de improbidade administrativa, previsto no art. 9º, I, da Lei n. 8.429/92, que trata do enriquecimento ilícito, a doutrina conta com dificuldade em realizar a classificação: teria caráter penal? Caráter administrativo sancionador? Seria algo *no meio do caminho* entre essas duas instâncias?<sup>885/886</sup>

---

<sup>885</sup> No que refere à jurisprudência brasileira, faz-se remissão ao tópico 4.2.2. Viu-se que há decisões – historicamente preponderantes – do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a improbidade *não possui caráter penal* (vide RE 976566, julgado em 13.09.2019, pelo Tribunal Pleno, com relatoria do Min. Alexandre de Moraes, no qual o Supremo entendeu pela “consagração da autonomia entre as instâncias” e assentou que “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 há decisão mais recente revendo tal posicionamento e reconhecendo que 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” (vide STF, RCL n. 41.557/SP, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2020).

<sup>886</sup> Fábio Medina OSÓRIO, na obra *Teoria da Improbidade Administrativa*, registra “estando inserida no amplo universo do direito punitivo, a improbidade administrativa é objeto específico do direito administrativo, incidindo apenas incidentalmente outros ramos jurídicos na sua definição, tais como as normas de direito penal (...). Havendo um fato unitário, que receba simultânea incidência de normas penais e de direito administrativo, segue-se que tal fato será regulamentado como ilícito penal, o que não equivale a dizer que exclui a regulamentação da LGIA, por causa da independência das normas sancionadoras”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018, p. 201. Denise LUZ, por sua vez, analisa, em sua obra, a natureza do ilícito e da sanção de improbidade administrativa e conclui: “após verificar que se está diante de um mandato constitucional de ‘penalização’ para proteção do bem jurídico *probidade administrativa*, que não há diferença ontológica entre o ilícito de improbidade administrativa e o penal, pois ambos protegem o mesmo bem jurídico; que as sanções se equivalem nesses dois ramos, pelo menos na *práxis*, podendo ser até mais opressivas quando aplicadas ao ilícito de improbidade; e reconhecer o ilícito de improbidade como um ilícito administrativo, porque violador do direito administrativo material, mesmo que processado e julgado pelo Poder Judiciário, chega-se à conclusão de que o regime jurídico ao qual esse ilícito

GUARAGNI possui trabalho<sup>887</sup> que busca justamente apontar *semelhanças* e *distinções* entre o ilícito penal e o ilícito relacionado à improbidade administrativa. Inicialmente, o autor aponta as evidentes semelhanças: i) ambos fazem parte do poder punitivo estatal; ii) ambos são aplicados pelo Poder Judiciário; iii) o direito penal contempla, pelo menos em parte, os mesmos bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa (erário, probidade, boa imagem da administração) e iv) são compostos de sanções que se acumulam ou repetem integral ou parcialmente.

Na sequência, o autor reconhece que a coincidência entre ilícito *penal* e *improbidade* teria como consequência óbvia a impossibilidade de cumulação de sanções<sup>888</sup>, em razão do *ne bis in idem*, passando, então, a demonstrar que existem também *distinções* aptas a afastar tal coincidência. Aponta o autor: i) a diferença formal (a Constituição separa taxativamente sanção penal e por improbidade); ii) a Lei de Improbidade cria um sistema contínuo de proteção à probidade administrativa (ataca *todo o mar* de ilicitude), enquanto o direito penal é um sistema fragmentário e descontínuo de tutela (ataca *pequenas ilhas* de ilicitude); iii) a Lei de Improbidade é constitutiva (cria figuras que lhe são próprias) e o direito penal é (somente) sancionador; iv) a Lei de Improbidade não trabalha com penas privativas de liberdade, o direito penal sim; v) as (espécies de) sanções por improbidade são sempre relacionados ao uso indevido do cargo, o direito penal não necessariamente e, finalmente, vi) a Lei de Improbidade foi criada exclusivamente para a tutela da gestão pública, o direito penal não.

Não obstante as semelhanças pareçam sobressair às distinções, não se ignora a força do fato da Constituição prever a *possibilidade* do ilícito penal e do

---

deve ser submetido é o do direito administrativo sancionador”. LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

<sup>887</sup> GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 01-29.

<sup>888</sup> “Visível, ainda, que a assimilação da LIA pelo Direito Penal geraria vedação de cumulação de sanções, por força do princípio *ne bis in idem*. Conquanto a CR, art. 37, parágrafo 4º, contraponha formalmente os dois campos, uma confusão material entre os setores seria invocada como fundamento. É que a permissão do *bis in idem* somente incide quando os efeitos promanam de campos diversos do direito. Campos que, antes de tudo, tem fins diversos.” GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

ilícito relativo à improbidade *serem (de fato) distintos*. Daí se conclui que é por demais simplista querer equiparar ambos os ilícitos e, automaticamente, entender como violado o princípio do *ne bis in idem*. Portanto, é possível, sim, que um mesmo fato seja sancionado através do direito penal e da Lei de Improbidade Administrativa. Por outro lado, é também por demais simplista ignorar todas as semelhanças constatadas entre ambos os ilícitos e suas consequências. Entra em cena, então, para o ajuste entre a(s) sanção(ões) imposta(s) e o ato cometido, não o princípio do *ne bis in idem*, mas o princípio da *proporcionalidade*, como ficará evidenciado nos tópicos que estão por vir.

#### **4.3.2 Hipóteses de *incompatibilidade* entre sanção penal e administrativa pelo mesmo fato: violação ao *ne bis in idem***

Se é correto afirmar que existe a possibilidade de punir o mesmo fato através do direito penal e do direito administrativo sancionador sem que isso revele – automaticamente – uma violação ao *ne bis in idem*, também é correto afirmar que há situações em que, sim (e por distintas razões), a duplicidade/multiplicidade sancionatória *viola tal princípio*.

Já vimos, no tópico antecedente, que a existência do ilícito *penal* relativo à embriaguez no volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro) *pode ser* incompatível (porque ofensivo ao *ne bis in idem*) com a existência do ilícito *administrativo* relativo à embriaguez no volante (art. 165 da mesma Lei), posto que, a depender da concepção que se dê aos crimes de perigo abstrato, os ilícitos *se equivalem em conteúdo* (qualitativamente), além de *coincidirem o grau de severidade e as funções das sanções*.

Veja-se outro exemplo que se revela particularmente problemático em razão da coincidência de conteúdo entre os ilícitos (e entre as penas e as suas

funções)<sup>889</sup>. O art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>890</sup> estabelece que é crime *vender bebida alcoólica a criança ou adolescente*, com pena de detenção de dois a quatro anos e multa, enquanto o art. 258-C<sup>891</sup>, da mesma Lei, dispõe que é infração administrativa, punida com multa de três mil a dez mil reais, descumprir a proibição estabelecida no inciso II do art. 81<sup>892</sup>, que trata justamente da *venda de bebida alcoólica a crianças e adolescentes*.

Nesse caso, os ilícitos são materialmente idênticos: a (exata) conduta de vender bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes constitui tanto o ilícito administrativo quanto o ilícito penal, *sem qualquer distinção*. O bem jurídico tutelado em ambos os ilícitos é (exatamente) o mesmo: saúde e desenvolvimento das crianças e adolescentes. O ilícito *penal* aplica sanção de detenção e multa, cuja finalidade é reprovar e prevenir. Como se justifica que o ilícito *administrativo* imponha *nova multa*, em razão dos mesmos fatos, para tutelar o mesmo bem jurídico e para alcançar as mesmas finalidades (reprovação e prevenção)? Não se justifica.

Esse é um caso, portanto, em que há violação do princípio do *ne bis in idem*. A violação adveio do legislador (primeiro destinatário do *ne bis in idem*), que se equivocou ao punir os mesmos fatos – com total coincidência de conteúdo, de pena e de função da pena - penal e administrativamente. Para haver legitimidade em tal sancionamento estatal, um dos ilícitos deve, em nome do princípio do *ne bis in idem*, necessariamente, ser excluído do ordenamento jurídico.

---

<sup>889</sup> Importante esclarecer: não ignoramos que o art. 243 do ECA criminalizou, a partir de 2015, conduta que, até então, tratava-se de contravenção penal (art. 63, I), consistente, basicamente, em fornecer (o que pode ocorrer através de *vários verbos nucleares*, inclusive meramente servir um copo, por exemplo), bebida (e similares) a crianças e adolescentes, mesmo que gratuitamente; enquanto o art. 258-C, também desde 2015, trouxe sanção administrativa específica para o responsável pelo estabelecimento que vende bebida a adolescente. Porém, não estamos a analisar a coexistência *abstracta* entre as redações típicas. Estamos a analisar a coexistência – legítima ou não – do ilícito específico de “vender bebida a crianças e adolescentes”. Não fosse assim, toda vez que o legislador acrescesse um verbo qualquer ao tipo penal, isso, automaticamente, desnaturaria a equivalência entre os ilícitos, o que não nos parece correto de afirmar. Dito de outro modo: a análise de coincidência entre o conteúdo material de ilícitos não pode partir de uma análise simplista dos tipos em abstrato, de maneira que qualquer palavra/termo/verbo diferente entre ambos seja o suficiente para afastar sua coexistência ilegítima.

<sup>890</sup> Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

<sup>891</sup> Art. 258-C. Descumprir a proibição estabelecida no inciso II do art. 81: Pena – multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), Medida Administrativa – interdição do estabelecimento comercial até o recolhimento da multa aplicada.

<sup>892</sup> Art. 81. É proibida a venda à criança ou a adolescente de: II – bebidas alcoólicas.



Outra área em que a compatibilidade entre ilícito penal e ilícito administrativo se revela – em alguns casos – problemática é a ambiental. Veja-se, ilustrativamente, o art. 39 da Lei n. 9.605/98, que criminaliza a conduta de “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”, e a pune com detenção de um a três anos ou multa, ou ambas cumulativamente. Note-se, então, em razão do art. 70, a existência de infração administrativa para a mesma conduta, com possibilidade de, segundo o art. 72, imposição de nova multa (além de outras sanções).

Não se ignora que a Constituição Federal, em seu art. 225, §3º, não apenas autoriza, como recomenda que os infratores ambientais sejam sujeitos a sanções penais, administrativas e civis. Porém, a legislação ordinária acabou por sancionar *exatamente o mesmo fato* – com total coincidência de conteúdo material entre os ilícitos, portanto –, *com as mesmas penas* (veja-se que o ilícito penal admite, inclusive, apenas imposição de multa – a mesma sanção administrativa, por excelência), para tutelar o *(mesmo) bem jurídico* (meio ambiente), e com *as mesmas finalidades sancionatórias* (prevenção e reprovação). Há, aqui, novamente, violação do princípio do *ne bis in idem* na atuação legislativa.

Para que a atuação legislativa fosse legítima, no exemplo dado, um dos ilícitos deveria ser excluído do ordenamento. Assim, caso i) exista lesividade, ii) o bem jurídico possua dignidade penal e iii) o direito administrativo se revele insuficiente para a tutela, é correto tratar o ilícito (apenas) através do direito penal. Caso algum desses três requisitos não esteja presente, é correto tratar o ilícito (apenas) através do direito administrativo<sup>893</sup>.

---

<sup>893</sup> Naturalmente não se está a defender que isso deve ocorrer para todos os crimes ambientais. A análise está sendo realizada especificamente quanto ao art. 39 da Lei dos Crimes Ambientais (aliás, como toda análise deve ser: pontual e casuística). Quanto a este artigo, porém, compreendemos que o correto seria punir apenas através do direito administrativo. Veja-se que o direito penal ambiental possui algumas características problemáticas que são bem exploradas por LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010 e por CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 92, 2011. O primeiro deles, é o *uso (meramente) simbólico* do direito penal (quando o legislador utiliza o direito penal mais para produzir uma sensação generalizada de acalanto do que para tutelar bem jurídico com dignidade penal). O segundo é a utilização do direito penal como guardião do direito administrativo, ou seja, a deturpação da verdadeira função do direito penal (que passa a resguardar a própria função administrativa estatal e não bens jurídicos com dignidade penal). O terceiro é a inversão do princípio da intervenção mínima, posto que o direito penal muitas vezes é chamado em *prima ratio* e não em *ultima ratio*, como deveria ser. Sobre esses pontos, traçamos linhas mais cuidadosas no Capítulo 01, tópico 1.2, especialmente nos subtópicos 1.2.1 e 1.2.3, aos quais fazemos remissão.

Outro caso que merece análise é relativo ao *porte ilegal de arma de fogo*. Veja-se que o art. 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003)<sup>894</sup> *criminaliza* a conduta de portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e a pune com reclusão de dois a quatro anos, e multa. Não obstante essa conduta, prevista pelo legislador como ilícito *penal*, às vezes, na prática, (de fato) preencha os requisitos de i) lesividade a ii) um bem jurídico de dignidade penal, há outras situações em que isso *não ocorre*: basta pensar, por exemplo, no porte de uma arma *estragada, desmontada* ou *desmuniçada*.

Nesses (específicos) casos, diante da concepção que o presente trabalho adota para crimes de perigo abstrato<sup>895</sup>, está *afastada a lesividade* e, com isso, está afastado requisito essencial para a constituição de um ilícito como *penal*.<sup>896</sup> Significa dizer que tal conduta somente pode ser punida enquanto ilícito *administrativo*. Se o julgador considerar o ilícito penal constituído e sancionar penalmente<sup>897</sup>, violará o princípio do *ne bis in idem*, pois sancionará – penal e administrativamente – condutas equivalentes na essência (e que são, em

---

<sup>894</sup> Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>895</sup> Tal tema já foi abordado neste Capítulo, no tópico anterior (4.3.1) e também no Capítulo 01, no tópico 1.5, aos quais fazemos remissão.

<sup>896</sup> Esse exemplo é trazido por D´AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 117 e, ademais, fora objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 81507, Primeira Turma, Min. Rel. Ellen Gracie, Min. Redator do acórdão Sepúlveda Pertence, publicação em 29.04.2005. No julgamento, que tratava de arma desmuniçada, o Supremo fez a distinção entre haver – ou não haver – munição disponível na ocasião do porte, condicionando à tal situação a existência – ou inexistência – do *crime* de porte ilegal de arma de fogo. Expandindo a interpretação, veja-se que se a arma está estragada ou desmontada, a ponto de inviabilizar a montagem, também inexistente *crime*. No RHC 97477, o Supremo Tribunal Federal considerou atípico o porte ilegal de arma desmuniçada e enferrujada, afirmando que “inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniçada e enferrujada”. Porém, como se verá na sequência e como admite o próprio STF – vide HC 96759, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28.02.2012 e publicação em 12.06.2012 – “a questão relativa à atipicidade ou não do porte ilegal de arma de fogo sem munição ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal”.

<sup>897</sup> E é o que o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo, vide o recente julgado AgRg no AREsp 1729897/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 14.12.2020, que afirma que “o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, em 26.3.2014, tendo como relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, é no sentido de que o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniçada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despietada até mesmo a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.”

verdade, considerada a verdadeira natureza, dois ilícitos de caráter *administrativo*).

Interessante notar que o caso relacionado ao Estatuto do Desarmamento é distinto dos outros exemplos tratados neste tópico (relativos ao ECA e à Lei de Crimes Ambientais). Enquanto nestes dois exemplos o princípio do *ne bis in idem* foi violado *pelo Poder Legislativo* (primeiro destinatário do *ne bis in idem*), que *previu (em abstrato)* sancionamentos duplicados para ilícitos que coincidem em essência, em pena e em função de pena, no exemplo do Estatuto do Desarmamento a violação do *ne bis in idem* ocorreu por parte do Poder Judiciário (segundo destinatário do *ne bis in idem*), que ao deixar de considerar que a *ausência de lesividade* (ao bem jurídico de dignidade penal) *impede a constituição do ilícito como penal*, acabou por equiparar (em conteúdo/essência) os dois ilícitos (penal e administrativo)<sup>898</sup>.

Por fim, vale registrar a dificuldade em admitir a *coexistência legítima* – sem violação do princípio do *ne bis in idem* – quando ocorre a punição, *pelos mesmos fatos*, no âmbito de um processo administrativo sancionador (PAS) da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), por exemplo, e, concomitantemente, no âmbito *penal* (e, por vezes, ainda, no âmbito da *improbidade*<sup>899</sup>).

Veja-se, ilustrativamente, o caso de Eike Batista, empresário brasileiro que, em maio de 2019, foi condenado por operar o mercado de capitais de posse de informações relevantes não divulgadas (ao mercado) e por manipular preços de ações. A CVM o condenou ao pagamento de multas que totalizaram cerca de quinhentos e trinta e seis milhões, além da pena de inabilitação temporária, pelo

---

<sup>898</sup> Importa registrar, porém, que nem sempre os Tribunais Superiores incorrem neste equívoco. Em casos em que ocorre a posse de arma de fogo *com o registro vencido*, a Corte Especial do STJ decidiu (Ação Penal n. 686/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 29.10.2015), alterando entendimento anterior, pela atipicidade da conduta, “ressaltando que o réu já havia procedido ao registro da arma e que a expiração do prazo constitui mera irregularidade administrativa, que enseja apenas a apreensão do artefato e a aplicação de multa, sem que reste caracterizada a prática de ilícito penal. Nesse sentido, vide o recente HC 587834/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 24.08.2020. E, com base nesta fundamentação, vide RHC 45614/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 29.08.2016, que decidiu caso em que uma mulher se tornou curadora de arma (devidamente regularizada) pertencente ao marido que faleceu: “o fato de a recorrente não ser a proprietária, mas apenas a curadora da arma, que estava devidamente registrada e com porte em nome de seu ex-marido falecido, não pode possuir lesividade maior do que a do proprietário que deixa de renovar seu registro”. Com efeito, se o proprietário, que possui maior conhecimento das regras que regem a posse e o porte de arma de fogo, comete mero ilícito administrativo, assim também comete tal mulher, decidiu o STJ.

<sup>899</sup> Veja-se, por exemplo, o caso do STJ, REsp 1623947/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.11.2016, que associa ilícitos no âmbito da CVM e no âmbito da improbidade administrativa.

prazo de sete anos, para o exercício do cargo de administrador ou conselheiro fiscal de companhia/entidade que dependa de autorização da CVM.<sup>900/901</sup>

Pelos mesmos fatos – manipulação de mercado e uso de informações privilegiadas (*insider trading*) – Eike Batista foi criminalmente condenado, pela 3ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro<sup>902</sup>, a onze anos e oito meses de reclusão e mais uma multa de 871 milhões.

Não obstante o legislador considere ambos os ilícitos como dotados de naturezas distintas (administrativo sancionador, de um lado, e penal, de outro)<sup>903</sup>, há, em razão *da função da sanção* (com finalidades de retribuição e

<sup>900</sup> Para informações sobre a situação fática e detalhes do julgamento da CVM, vide notícia em <https://www.forbes.com.br/negocios/2019/05/cvm-multa-eike-batista-em-r-536-milhoes/>

<sup>901</sup> Confira-se a ementa e pequeno excerto da decisão da CVM “Utilização de informações privilegiadas na negociação de ações emissão da da OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e da da OSX Brasil S.A. Manipulação de preços de ações de emissão das Companhias. Infração ao art. 155, §1º, da Lei nº 6.404/76 c/c art. 13, caput, da Instrução CVM nº 538/02. Infração ao item II, alínea "b", vedada pelo item I, da Instrução CVM nº 08/79. Multas e inabilitação temporária. Decisão: vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, com fundamento no art. 11, II e IV da Lei nº 6.385/76 considerando, para a dosimetria das penalidades, como agravantes, o elevado prejuízo a investidores e acionistas, a expressiva vantagem auferida pelo infrator, o dano causado à imagem e à credibilidade do mercado de capitais, bem como a prática reiterada da conduta irregular e os antecedentes do acusado, por unanimidade de votos aplicar ao acusado: 1. Aplicar ao acusado Eike Fuhrken Batista, na qualidade de presidente do conselho de administração e acionista controlador da OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e da OSX Brasil S.A., as seguintes penalidades: 1.1. Multa pecuniária no valor de R\$440.780.423,00 (quatrocentos e quarenta milhões, setecentos e oitenta mil, quatrocentos vinte e três reais), correspondente a duas vezes e meio o montante da perda evitada, com correção monetária pelo IPCA-E de julho de 2013 a março de 201936, por infração ao art. 155, §1º da Lei nº 6.404/76 c/c com o art. 13 da Instrução CVM nº 358/02, infração considerada grave nos termos do art. 18 da referida instrução, pela negociação de ações de emissão da OGX Petróleo e Gás Participações S/A realizadas entre 24.05 e 10.06.2013, de posse de informação relevante ainda não divulgada ao mercado; 1.2. Inabilitação temporária pelo prazo de sete anos para o exercício do cargo de administrador, ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários, por manipular o preço das ações da OGX Petróleo e Gás Participações S/A, em infração ao item I da Instrução CVM nº 08/79, infração considerada grave nos termos do inciso III da referida norma; e 1.3. Multa pecuniária no valor de R\$95.725.866,08 (noventa e cinco milhões setecentos e vinte e cinco mil oitocentos e sessenta e seis reais e oito centavos), correspondente a duas vezes e meio o montante da perda evitada, com correção monetária pelo IPCA-E de setembro de 2013 a março de 201937, por infração ao art. 155, §1º da Lei nº 6.404/76 c/c com o art. 13 da Instrução CVM nº 358/02, infração considerada grave nos termos do art. 18 da referida instrução, pela negociação de ações de emissão da OGX Petróleo e Gás Participações S/A e da OSX Brasil S/A realizadas entre 27.08 e 03.09.2013, de posse de informação relevante ainda não divulgada ao mercado.”. (PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM nº RJ2014/0578 (19957.000594/2015-72). Diretor Relator: Henrique Balduino Machado Moreira. Data do julgamento: 27/05/2019). A íntegra da decisão está disponível em: <  
<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2018/RJ20140578COMPLETO.pdf>> Acesso em 13/02/2021.

<sup>902</sup> Trata-se da ação penal nº 0029174-94.2014.4.02.5101/RJ, com sentença condenatória exarada em 09/02/2021 pela Juíza Federal Rosália Monteiro Figueira, disponível para consulta pública via [eproc.jfrj.jus.br](http://eproc.jfrj.jus.br).

<sup>903</sup> E não obstante o Poder Judiciário corrobore com tal compreensão, ao afirmar que uma Autarquia como a CVM realiza uma análise sob o ponto de vista formalista, verificando

prevenção) e da *severidade da sanção* (que são, por vezes, *tão graves quanto ou ainda mais graves que as sanções penais*), uma *burla de etiqueta*: o legislador chama de administrativo sancionador aquilo que possui, pela análise dos critérios de Engel e demais diretrizes das cortes internacionais, em verdade, natureza penal.

Assim, tem-se que ambos os ilícitos possuem – ao desconsiderar referida burla de etiqueta – natureza penal. Consequentemente, existem dois sancionamentos *penais* incidindo sobre *os mesmos fatos*, o que caracteriza violação do princípio do *ne bis in idem*.

Vale lembrar que o caso de Eike Batista (muito) se assemelha ao caso *Grande Stevens*, julgado em 04.03.2014 pelo TEDH<sup>904</sup>. Tal julgamento analisou o caso de pessoas relacionadas à empresa italiana FIAT, acusadas justamente de manipulação do mercado financeiro e utilização de informações privilegiadas. Em 2007, houve condenação a severas sanções *administrativas* junto à CONSOB (multas e proibição temporária de administração de sociedades que operavam no mercado financeiro, exatamente como no caso de Eike Batista). Posteriormente, a Itália condenou as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos, no âmbito penal.

Os condenados, então, recorreram ao TEDH e alegaram violação ao princípio do *ne bis in idem* (art. 4, Protocolo n. 7). O TEDH acolheu o argumento, admitindo a natureza *sancionatória* do direito administrativo italiano e entendendo que ambos os processos, administrativo e criminal, se basearam no mesmo fato. Com isso, anulou o processo penal italiano, determinou que novas investigações penais não fossem abertas em face dos demandantes e impôs ao governo italiano o pagamento de danos morais.<sup>905</sup>

---

objetivamente o cumprimento de regras procedimentais em matéria de mercado financeiro, sem qualquer análise de elemento subjetivo, que é totalmente distinta, independente e típica do direito penal. Nesse sentido, vide STJ, REsp 1623947/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.11.2016.

<sup>904</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

<sup>905</sup> Também o caso *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16), julgado em 2018 pelo TJUE muito se assemelha ao caso do Eike Batista. Em 2007, a Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) aplicou uma sanção administrativa pecuniária no montante de 10,2 milhões de euros a S. Ricucci, à Magiste International e à Garlsson Real Estate, solidariamente responsáveis pelo pagamento desta quantia, pelo fato de S. Ricucci ter praticado ações consideradas como manipulação de mercado. Essa decisão foi reformada pelo Tribunal de Recurso de Roma apenas para reduzir a sanção a 5 milhões de euros. A mesma conduta que conduziu à sanção administrativa deu azo à instauração de um processo criminal, que culminou na sua condenação à pena de quatro anos e seis meses de prisão (posteriormente reduzida para

Diante de tais exemplificações, é possível concluir que a violação ao princípio do *ne bis in idem* por vezes ocorre por parte do legislador, quando prevê – no âmbito penal e administrativo sancionador, concomitantemente – ilícitos que coincidem plenamente em seu conteúdo, bem como na severidade e/ou na função pretendida pela sanção imposta, incorrendo em *burla de etiqueta*. Por vezes, porém, a violação ao *ne bis in idem* advém da atuação do Poder Judiciário quando, diante da análise do caso concreto, deixa de considerar a ausência dos requisitos essenciais à configuração do ilícito penal (lesividade a bem jurídico de dignidade penal) e, com isso, acaba por casuisticamente equiparar ilícito penal e administrativo, permitindo, em relação aos mesmos fatos, a ocorrência de *bis in idem*.

#### 4.4 SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA PELO MESMO FATOS: HÁ PROPORCIONALIDADE NA MERA CUMULAÇÃO DE SANÇÕES?

Iniciamos o tópico 4.2 com o seguinte questionamento: *sempre* que o Estado punir o mesmo fato múltiplas vezes, ocorrerá violação ao princípio do *ne bis in idem*?

Concluimos, da análise conjunta i) da Constituição Federal e da legislação ordinária brasileira e ii) dos aprofundados estudos das cortes internacionais, que *não*. Nem sempre que o Estado pune múltiplas vezes o mesmo fato há, automaticamente, violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Buscou-se, então, demonstrar – com base em exemplificações – hipóteses em que *há possibilidade* de cumular ilícitos penal e administrativo sancionador (sem violar o *ne bis in idem*) e hipóteses em que *não há possibilidade* de se cumular ilícitos penal e administrativo sancionador (justamente porque viola tal princípio), devendo, neste último caso, um dos ilícitos ser desconsiderado do ordenamento jurídico.

Diante destas conclusões, nova pergunta há que ser feita: nas hipóteses em que o princípio do *ne bis in idem* não é violado e que, portanto, é *possível* cumular ilícitos penal e administrativo, é legítimo simplesmente *cumular as*

---

três anos). O TJUE entendeu haver *bis in idem*, pois, não obstante a legislação interna entenda que a sanção da Consob tenha caráter administrativo sancionador, a natureza do ilícito e a severidade da sanção conduzem à conclusão de que o caráter é penal, razão pela qual não pode ser cumulada com outra sanção penal.

*sanções* previstas em ambas as instâncias ou isso viola o princípio da proporcionalidade?

Para responder a esse questionamento, (também) há de se resgatar pressupostos que já foram estabelecidos no decorrer do presente estudo.

O *primeiro pressuposto* é: o princípio da proporcionalidade, como visto no Capítulo 03<sup>906</sup>, é um *princípio geral do direito*, uma “metanorma”, uma “norma de aplicação de outras normas”, um “postulado constitucional”<sup>907</sup>, um instrumento norteador da própria racionalidade jurídica, apto, portanto, a ser aplicado *em todas as instâncias*<sup>908</sup> para fins de controle do poder estatal<sup>909</sup> e aferição da conformidade constitucional dos atos estatais (sejam provenientes do Poder Legislativo ou Executivo). O princípio da proporcionalidade é *um limite aos limites* dos direitos fundamentais.<sup>910</sup>

Não há que se pensar, portanto, que a proporcionalidade apenas exista e irradie seus efeitos no âmbito *interno* de cada uma das instâncias. Em outras palavras: não existem *diversas proporcionalidades isoladas, fechadas em si*: uma proporcionalidade penal, uma proporcionalidade administrativa, uma proporcionalidade tributária, etc<sup>911</sup>. Existe *a proporcionalidade*, como princípio *geral* do direito e que flutua *acima de todas as instâncias*.

<sup>906</sup> O Capítulo 03 foi dedicado, na íntegra, à análise do princípio da proporcionalidade. Para evitar desnecessária repetição, fazemos remissão ao desenvolvimento detalhado que fora realizado naquele Capítulo. Neste presente Capítulo apenas utilizaremos de pressupostos que já foram fundamentadamente estabelecidos.

<sup>907</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 164.

<sup>908</sup> “É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 407.

<sup>909</sup> Como já visto, se é verdade que a proporcionalidade funciona como estrutura de *contenção de excessos estatais* em prol da proteção dos direitos fundamentais, é lógico que ela sirva, também, de baliza para o *controle da atuação (comissiva ou omissiva) estatal insuficiente* no cumprimento do dever de proteção eficaz dos direitos constitucionalmente assegurados, que nada mais é do que um excesso ao inverso.

<sup>910</sup> A verdade é que o princípio da proporcionalidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional. Eis a razão de, enquanto princípio geral do direito, servir de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

<sup>911</sup> Não se ignora que cada instância possa observar particularidades no que refere à proporcionalidade. No direito penal, por exemplo, a proporcionalidade é diretamente relacionada à ideia de culpabilidade, o que não necessariamente ocorre nas demais instâncias. Mas o que se está a afirmar é que há um princípio de proporcionalidade que marca o direito, como um todo, de maneira que a “proporcionalidade penal”, a “proporcionalidade administrativa” não estão – e não podem estar – isoladas, fechadas em si mesma.

Tal pressuposto está reforçado pela constatação de que, não obstante (ainda) seja frequente a repetição do mantra da *independência entre as instâncias*, estas são *comprovadamente dependentes*<sup>912</sup>, ou seja, as instâncias estão intimamente *relacionadas*, devendo necessariamente guardar – e não há quem defenda o oposto – coerência e harmonia<sup>913</sup>.

Especificamente no que refere ao poder punitivo estatal, significa reconhecer aquilo que i) a doutrina especializada defende<sup>914</sup>, ii) as cortes internacionais estabeleceram<sup>915</sup> e iii) o Supremo Tribunal Federal<sup>916</sup> recentemente reconheceu: há necessidade de se adotar um enfoque conjunto

---

<sup>912</sup> Nesse ponto, remete-se o leitor ao Capítulo 02. Especificamente no tópico 2.8 buscou-se demonstrar que a independência entre as instâncias não é – e nunca foi – absoluta. Explorou-se, para tanto, i) os reflexos das sentenças penais condenatórias em outras instâncias, ii) os reflexos das sentenças penais absolutórias em outras instâncias, iii) a Súmula Vinculante n. 24 do STF como prova de *dependência* entre as instâncias e, ainda, iv) a existência da detração prevista no art. 42 do CP como prova da *dependência* entre as instâncias.

<sup>913</sup> E, nesse ponto, não é necessário assumir uma posição *radicalmente unificadora*. “*Es cierto que derecho penal y derecho administrativo sancionador constituyen conjuntamente el derecho punitivo del estado. Pero hay un salto lógico entre esa afirmación y decir que derecho penal y derecho administrativo sancionador deban ser lo mismo.*” RANDO, Pablo Casermeiro. *La distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 51. No mesmo sentido POZO SILVA, Nelson. *Pena punitiva y sanción administrativa: Límites constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2017, p. 82 e ss. “*Resulta inimaginable un Derecho penal completamente desvinculado de las demás instancias de control social. De forma tal que el Derecho administrativo-sancionador, adquiere una impronta similar a la norma penal, donde el sistema jurídico sancionador, el Derecho penal y el Derecho administrativo-sancionador como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, administración de Estado, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento. (...) De más está decir que el Derecho penal y el Derecho administrativo-sancionador, puede considerarse como disciplina o subdisciplina independiente entre ellas, pero ambas se relacionan con el ius puniendi estatal, el cual tiene su razón de ser y existencia en el control social*”.

<sup>914</sup> Vide, nesse sentido, LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, em 2012, que posteriormente foi publicada com o título *Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. “Exige-se coerência e unidade de critérios, com obediência à segurança jurídica, de parte do Estado, quando pretende selecionar comportamentos proibidos e castigá-los. Sabe-se que o Estado deveria ser um só, e não um amontoado de corporações ou instituições, todas dotadas de competências autônomas, cuja funcionalidade eventualmente conduz à esquizofrenia institucional, com decisões contraditórias e absolutamente incoerentes. Um universo caótico e obscuro, no qual o Estado fragmenta-se em múltiplos órgãos interessados em castigar um mesmo comportamento, eis a realidade configurada em cenários descontrolados e indiferentes a essa espécie de limitação normativa.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 201.

<sup>915</sup> Faz-se remissão, nesse ponto, ao tópico 4.2.1 e seus subtópicos.

<sup>916</sup> STF, RCL n. 41.557/SP, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2020.



no campo da política sancionadora, de modo *a considerar globalmente os ramos sancionadores e garantir um mínimo de racionalidade à questão*.

O *segundo pressuposto* que está estabelecido é: para que uma sanção seja legítima/constitucional, é indispensável que respeite o princípio da proporcionalidade. Assim, o legislador – no momento da *previsão* da sanção – e o julgador – no momento de *aplicação* da sanção – devem, necessariamente, considerar o princípio da proporcionalidade.<sup>917</sup>

Isso, em um primeiro olhar, beira o óbvio. A questão, porém, é que – e com o perdão da proposital repetição – o legislador, quando prevê uma sanção *penal*, sopesa o fato ilícito praticado e correlaciona uma sanção *devidamente proporcional* (ou seja, justa à medida de suas pretensões). Do mesmo modo, o legislador, quando prevê uma sanção *administrativa*, sopesa o fato ilícito praticado e correlaciona uma sanção *devidamente proporcional* (ou seja, justa à medida de suas pretensões). Da mesma maneira, o legislador, quando prevê uma sanção relacionada à *improbidade*, sopesa o fato ilícito praticado e correlaciona uma sanção *devidamente proporcional* (ou seja, justa à medida de suas pretensões). Ou seja: *assim age o legislador a cada (diferente) sanção prevista*<sup>918</sup>.

Ocorre, então, que quando todas essas sanções previstas pelo legislador se referem *ao mesmo fato*, e são *simplesmente cumuladas*, é impossível que essa proporcionalidade seja mantida – em especial porque se as pretensões das sanções impostas pelo direito penal e administrativo sancionador não se sobrepõem em absoluto, ao menos *em boa parte coincidem*<sup>919</sup>. Dito com outras

---

<sup>917</sup> “*El principio de proporcionalidad debe ser observado por el legislador a la hora de formular la relación entre las infracciones y las sanciones, ya sea para clasificarlas según su gravedad o para concretar qué sanción le corresponde a cada modalidad de infracciones (...). Si este principio no es aplicado a la hora de regular la relación entre infracciones y sanciones determinará la inconstitucionalidad de la ley sancionadora. Esta proporcionalidad también há de estar presente en el momento de aplicar la sanción establecida (...).*” JIMÉNEZ, Irene Nuño; SEGUIDO, Francisco Puerta. Derecho administrativo sancionador: principios de la potestad sancionadora. In *Gabilex*, n. 5., España, Mar/2016. Disponível em <<https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/derecho-administrativo-sancionador-principios-de-la-potestad-sancionadora>>. Acesso em: 15/02/2021.

<sup>918</sup> Nesse ponto, importa registrar que o argumento de que o legislador está a considerar a proporcionalidade justamente através “do conjunto sancionatório estatal” não é válido, posto que essas sanções *não são previstas concomitantemente*. Ou seja, quando o legislador prevê determinada sanção em determinada instância, sequer há certeza sobre futuro advento de nova sanção em instância adversa.

<sup>919</sup> Vimos, nesse ponto, que as sanções advindas do direito penal e do direito administrativo buscam, muitas vezes, as mesmas *funções*. Ambas consideram a ideia de reprovação do ato, ambas consideram a ideia de prevenção de novos atos, e, inclusive, ambas consideram a função simbólica. Sobre isso já traçamos linhas mais cuidadosas no Capítulo 01, tópico 1.4.3.3.

palavras: se cada previsão *isoladamente* considera (diante das próprias pretensões) a proporcionalidade entre a sanção e aquele fato, a mera soma/cumulação de todas as sanções – aplicáveis àquele mesmo fato –, por decorrência lógica, *viola* a (exata) proporcionalidade<sup>920/921</sup>.

Entra em cena, então, o *terceiro pressuposto*: o Poder Judiciário possui especial relevância na (casuística) observância do princípio da proporcionalidade.

Esse é ponto essencial: tal princípio possui como *primeiro destinatário* o Poder Legislativo e como *segundo destinatário* o Poder Judiciário. O legislador observará a proporcionalidade – para garantir a constitucionalidade – cada vez que prever uma sanção atribuída a um fato. Ocorre que, como visto, é possível que o legislador preveja *mais de uma sanção para um mesmo fato* (em instâncias distintas). Nessa hipótese, o legislador cuidará, quando da sua atuação, que *cada sanção* seja proporcional ao fato, mas não poderá (por decorrência lógica de seu atuar abstrato) cuidar que o *conjunto sancionatório* (advindo da casuística soma entre as distintas instâncias efetivamente incidentes) seja proporcional ao (mesmo) fato. Quem poderá – e deverá – fazê-lo é o Poder Judiciário.

---

<sup>920</sup> JIMÉNEZ e SEGUIDO mencionam a decisão STC 154/1990, FJ 3º, proferida na Espanha, local em o tema está mais amadurecido do que no Brasil: “*aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, (...) una sanción desproporcionada respecto a la infracción cometida*”. JIMÉNEZ, Irene Nuño; SEGUIDO, Francisco Puerta. Derecho administrativo sancionador: principios de la potestad sancionadora. In *Gabilex*, n. 5., España, Mar/2016. Disponível em <<https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/derecho-administrativo-sancionador-principios-de-la-potestad-sancionadora>>. Acesso em: 15.02.2021.

<sup>921</sup> Aqui, diga-se uma vez mais e com remissão ao Capítulo 01, tópico 1.4.2, em que o tema foi tratado com maior detalhamento, não se está considerando as sanções *disciplinares*, que decorrem da existência de uma *especial relação/sujeição entre o sancionado e o Estado*. Não enxergamos violação dos princípios do *ne bis in idem* e da proporcionalidade nesses casos em que há duplicidade sancionatória (geral cumulada com disciplinar), justamente em razão da posição vinculada, em que o indivíduo está exercendo atividade *para* ou *em nome* de determinada instituição (e isso é válido para um policial/juiz/delegado/servidor vinculado à Administração Pública, a um advogado vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil, a um preso vinculado/submetido a um sistema penitenciário, etc.). Nesse sentido, vide GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento Administrativo Sancionador*. Tirant Lo Blach: Valencia, 1998, p. 201 e ss. Ainda: “*Así pues, en definitiva, ha de partirse de que, en términos generales, no es posible la doble sanción, ya que resulta prohibida por el principio non bis in idem. No obstante, cuando se trata de relaciones de supremacía especial, la compatibilidad de ambas sanciones es perfectamente admisible, dado que en estos casos existe una doble imputación: por una parte, como ciudadano le corresponde la sanción penal consecuencia del delito, pero, por otra parte, como persona sometida a una relación de supremacía especial (que no sólo concurre en los funcionarios públicos), en cuya relación es en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado, debe aceptarse la imposición de la sanción administrativa, siendo entonces compatibles ambas sanciones*”. QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004, p. 39.

A missão do Poder Judiciário em realizar filtros de proporcionalidade, para garantir a constitucionalidade da norma, restou demonstrada no Capítulo 03, mais especificamente no tópico 3.7 e subtópico 3.7.1<sup>922</sup>. Importa recordar, para evitar questionamentos, que o Poder Judiciário é tão responsável quanto o Poder Legislativo em garantir a proporcionalidade da norma porque, em uma visão contemporânea e ocidental, o Poder Judiciário (também, afinal) *cria norma*<sup>923, 924</sup>

A questão que se põe, então, é: como fará o Poder Judiciário para garantir a proporcionalidade do conjunto sancionatório aplicável a um mesmo fato?

#### **4.4.1 Instrumento de ajuste da proporcionalidade em caso de multiplicidade sancionatória: a *consideração* entre instâncias distintas**

---

<sup>922</sup> No Capítulo 03, tópico 3.7 e 3.7.1 buscou-se evidenciar que o Poder Judiciário pode – e deve – funcionar como um (novo e subsidiário) filtro de proporcionalidade. Ou seja, que o Poder Judiciário está autorizado e obrigado, quando provocado, a (re)avaliar se determinado fato está sendo sancionado proporcionalmente, ou seja, se fato e sanção guardam exata medida. Nesse ponto, além, de fazermos remissão aos já mencionados tópicos, importa lembrar que i) o Poder Judiciário está autorizado e obrigado a controlar a atuação legislativa sancionadora, reconduzindo tal atividade, se necessário, a parâmetros democráticos de legitimidade (DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 176) e ii) o Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente no sentido de ser tarefa do Tribunal Constitucional fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa sancionadora, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, uma máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. (STF, Habeas Corpus n. 102087, Segunda Turma, Min. Relator Celso de Mello, Min. redator do acórdão Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012, publicação do acórdão em 21.08.2013).

<sup>923</sup> “A história tem mantido um movimento pendular entre o predomínio da *legislação* e da *jurisdição*. Sente-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, tanto no que diz respeito à sua conduta no processo, quanto no que tange à interpretação da lei. Sobre este último aspecto, pode-se dizer que o aumento da relevância de atividade do juiz resulta da complexidade e da mobilidade das sociedades atuais (...).” ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35 e 36. A ideia de que a decisão judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada, ou seja, a ideia de que o legislador é quem verdadeiramente *cria a lei* e que o julgador apenas a aplica no caso concreto, está hoje absolutamente superada. Nesse sentido: HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. In *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito PUC/RS*, v. 9, ano VII, Porto Alegre, 1985, p. 28 e ss. Essa ideia, diz HASSEMER, cedeu lugar à de que o juiz atua (também) como *criador do direito*. “Se intencional e normativamente, o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser a mera aplicação de normas legais”. CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 11.

<sup>924</sup> Especificamente sobre abusos sancionatórios – seja no âmbito penal ou administrativo – MEDINA OSÓRIO considera que “especialmente essa noção de ‘absurdo’ ou ‘abuso intolerável’ traduzirá (em verdade nebuloso) limite ao legislador, limite que pode ser imposto pelo próprio Poder Judiciário.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 202.

Foi visto que o Poder Legislativo busca alcançar a proporcionalidade quando, em abstrato, comina uma sanção como *justa medida* da prática de um determinado ilícito<sup>925</sup>. Foi visto, ademais, que por vezes o Poder Legislativo irá prever – sem que com isso haja violação do *ne bis in idem* – mais de uma sanção para o mesmo fato, em instâncias diferentes (penal e administrativo sancionador). Por fim, viu-se que, se cada sanção, vista isoladamente, pretende atingir a proporcionalidade, a automática e impensada *cumulação* entre todas as sanções previstas, para o mesmo fato, viola a proporcionalidade pretendida.

Assim, cabe ao Poder Judiciário realizar uma análise casuística do conjunto sancionatório (global) que está (verdadeiramente) incidindo sobre aquele (mesmo) fato. Mais do que isso, cabe ao Poder Judiciário realizar um *ajuste punitivo*, de modo a devolver a proporcionalidade e, com isso, a legitimidade, ao conjunto sancionatório estatal.

Para cumprir tal missão, o julgador de uma instância deve *considerar* eventual sanção (já) imposta em outra instância. Leia-se: se o Poder Judiciário está a impor uma sanção penal em razão de um fato e este mesmo fato já fora julgado em uma instância administrativa, por exemplo, deve o Poder Judiciário direcionar seu olhar e atenção à sanção já imposta, de modo a *considerá-la* no momento da imposição da nova sanção. O raciocínio inverso também é verdadeiro. Caso esteja para ser imposta sanção no âmbito do direito administrativo sancionador, deve ser *considerada* eventual prévia sanção penal aplicada.

---

<sup>925</sup> É por isso, inclusive, que alguns autores atrelam esse aspecto da proporcionalidade ao *princípio da culpa/culpabilidade* (não obstante o princípio da culpabilidade tenha múltiplas funções – garantir a intransmissibilidade da pena, a responsabilidade subjetiva (e não objetiva) e a responsabilidade pelo fato (afastando o direito penal de autor) –, aqui se enfatiza a ideia da culpabilidade como *limite à pena*. Nesse sentido, de que a culpabilidade, embora (sozinha) não justifique a pena, cumpre o papel de limitá-la, vide, por muitos, ROXIN, Claus. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad. In *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981, p. 43 e SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 172 e ss.) e mesmo ao *princípio da legalidade* (“*el principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone (...) la Constitución obedece, entre otros motivos a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica*”. CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 66, 2007, p. 09-52).

La cuestión se centra en tomar en consideración el principio de proporcionalidade (ínsito en el principio de culpabilidad) para medir de forma completa la infracción y la sanción (administrativa y penal), de manera que en la sentencia penal posterior se debería tener en cuenta la previa sanción administrativa ya impuesta. De esta forma la sanción total guarda proporcionalidad con la infracción cometida. Así pues, la duplicidade sancionatoria se encontraría prohibida en tanto supere el límite de la culpabilidad<sup>926</sup>.

Esta proposta já foi – através de distintas formas e modelos - acatada em outros países. Veja-se, por exemplo, o caso francês. Não obstante a aplicação de sanção administrativa e penal ao mesmo fato seja tida como expressão de causas jurídicas diferentes, com funções teoricamente diferentes, a Corte Constitucional francesa, aplicando o princípio da proporcionalidade, já estabeleceu que “caso haja imposição de pena e de sanção administrativa pelos mesmos fatos, não se deve ultrapassar o montante mais elevado da sanção prevista”<sup>927</sup>.

A Itália, por sua vez, reconhece a regra de não cumulação de sanções penais e administrativas e, quando tal regra é excepcionalmente afastada, o Poder Judiciário realiza a *compensação* entre as sanções impostas (normalmente, uma compensação da sanção administrativa quando da fixação da sanção penal)<sup>928</sup>. Tanto assim que no caso *Grande Stevens*, julgado pelo TEDH em 2014, o governo da Itália apresentou como argumento para *afastar* o *bis in idem* entre ilícito penal e administrativo o fato de que “a lei italiana permite ao juiz penal considerar a sanção administrativa na aplicação da pena, eventualmente reduzindo a última, de modo a tornar ambas proporcionais às violações cometidas”<sup>929</sup>.

<sup>926</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004, p. 56. Veja-se que QUIROGA, para construir o raciocínio (e inspirado nas decisões das Cortes Internacionais) utiliza a correlação entre proporcionalidade e culpabilidade. Tal correlação é nítida no direito penal e não necessariamente tão nítida no direito administrativo sancionador. Porém, a ideia segue sendo válida: é no conjunto sancionatório que poderá se estabelecer uma verdadeira proporcionalidade – seja ela vinculada à culpabilidade do agente, à gravidade do fato ou a um conjunto entre ambas.

<sup>927</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 204 e 205.

<sup>928</sup> LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 203.

<sup>929</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014. Vale registrar que, mesmo existindo, na Itália – e em oposição ao que ocorre no Brasil – lei autorizando

No caso *Garlsson Real Estate*, julgado pelo TJUE em 2018, decidiu-se que somente é possível o cúmulo de sanções (penal e administrativa) quando estas visarem *finalidades complementares*, que tenham por objeto *aspectos diferentes da mesma conduta ilícita*. Porém, mesmo nesses casos, o cúmulo sancionatório deve estar sujeito a regras que prevejam a *obrigação de as autoridades competentes, em caso de aplicação de uma segunda sanção, assegurarem que a severidade do conjunto de sanções aplicadas não exceda a gravidade da infração cometida*.<sup>930</sup>

No mesmo sentido o caso *Luca Menci* (Proc. C-524/15), julgado pelo TJUE, que trata de sanção administrativa de sobretaxa cumulada com sanção penal pela prática de sonegação fiscal fraudulenta. O TJUE decidiu que tal cumulação de sanções não viola automaticamente o princípio do *ne bis in idem*, mas que o Estado deve “conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional resultante de um acúmulo de procedimentos” e “prever regras que assegurem que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa”.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também já decidiu de forma semelhante: entendeu não haver violação ao *ne bis in idem* – por não haver, em verdade, *desproporcionalidade* – quando, em concreto, a sanção administrativa é descontada na sanção penal (seja a sanção de multa, seja a sanção de interdição temporária de direitos). Neste caso, o TEDH afirmou que havia “duplo reproche aflitivo”, mas não “duplo sancionamento”, já que uma sanção era detraída na outra<sup>931/932</sup>.

---

a compensação entre sanção penal e administrativa, o TEDH entendeu que (ainda assim) o país havia violado o princípio do *ne bis in idem*.

<sup>930</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>>

Acesso em: 16/02/2021.

<sup>931</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004, p. 74. “*En otras palabras, como la segunda sanción engloba a la primera, a juicio del Tribunal Constitucional no hay doble sanción, sino doble reproche aflitivo*”.

<sup>932</sup> Existem, é válido dizer, críticas mesmo à existência duplo reproche aflitivo, pois a mera sujeição do possível acusado ao fardo de dois ou mais processos, pode constituir uma violação ao princípio da proporcionalidade. “Nesta medida, grande parte da doutrina norte-americana funda a proibição de duplo julgamento na proibição de *harassment*, no sentido em que o julgamento constituiria um *heavy personal strain*”. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 174.

No Brasil, não obstante ainda não haja decisões que procedam ou que admitam a *consideração* da sanção imposta em uma instância quando da imposição da (nova) sanção em instância diversa, o Supremo Tribunal Federal se manifestou<sup>933</sup>, recentemente, no sentido de que os requisitos do princípio do *ne bis in idem* devem se submeter ao crivo dos princípios constitucionais aplicáveis, notadamente (dentre outros) a proporcionalidade.

Iniciamos o tópico 4.3, portanto, com o seguinte questionamento: nas hipóteses em que o princípio do *ne bis in idem* não é violado e que, portanto, é possível cumular ilícitos penal e administrativo, é legítimo simplesmente *cumular as sanções* previstas em ambas as instâncias ou isso viola o princípio da proporcionalidade? Concluimos que *não é possível* simplesmente *cumular sanções*. Que é necessário que o Poder Judiciário, em uma análise *casuística*, *considere o conjunto sancionatório* que efetivamente está a incidir sobre o mesmo fato (e o mesmo sujeito), de modo a, ao sancionar em uma instância, *levar em consideração sanção previamente imposta em instância distinta*.

#### 4.4.1.1 Possibilidade de *atenuação* da pena em razão de prévio sancionamento em instância distinta: inclusive entre sanções de *naturezas* distintas

Restou assentado pelos tópicos antecedentes que, em nome do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário poderá – e deverá – *considerar o conjunto sancionatório estatal pelo mesmo fato*, ou seja, *a conjugação entre as sanções advindas das distintas instâncias*. Com isso, o julgador, no momento da decisão, deverá direcionar o olhar para a instância que já houver aplicado sanção em relação ao mesmo fato ora em julgamento, de modo a *considerá-la na nova dosimetria*.

A *maneira* com que tal *consideração* se dará, porém, é tema bastante complexo e que possibilita – sem receio de incorrer em exagero – uma (nova) tese. Mas alguns apontamentos podem ser, desde já, realizados.

O primeiro apontamento é que a *consideração* sobre a sanção já imposta em instância distinta, que o Poder Judiciário realizará quando da imposição da

---

<sup>933</sup> STF, Habeas Corpus n. 102087, Segunda Turma, Min. Relator Celso de Mello, Min. redator do acórdão Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012, publicação do acórdão em 21.08.2013.

nova sanção, *não se restringe a um mero e automático desconto/detração de sanções de mesma espécie* – e isso por diferentes razões<sup>934</sup>.

Pense-se, para melhor exemplificar este primeiro apontamento, em um indivíduo que ingeriu três taças de vinho e, ato contínuo, assumiu a direção do veículo em via pública, gerando perigo concreto de dano. Tal indivíduo foi sancionado, no âmbito administrativo, com multa de três mil reais e, no âmbito penal, (também) com multa de três mil reais.

Seguindo o que já foi estabelecido neste estudo, a primeira pergunta a ser respondida é: a duplicidade sancionatória, neste específico caso, viola o princípio do *ne bis in idem*? Já respondemos – vide item 4.3.1 e inclusive considerando as regras constitucionais – que *não*. Portanto, neste caso, a coexistência entre os ilícitos é *legítima*. A segunda pergunta a ser respondida é: a automática (a)cumulação entre ambas as penas viola o princípio da proporcionalidade? E já respondemos – vide item 4.4 – que *sim*.

Ocorre, porém, que se a solução para atingir a proporcionalidade for o *mero e automático desconto/detração* entre as sanções, aplicar-se-ia apenas uma das multas de três mil reais e a outra restaria absolutamente descontada/detraída, o que redundaria, em verdade, (exatamente) na mesma consequência de reconhecer *ilegítima* a coexistência de ambos os ilícitos e afastar a aplicação de um deles.

Não parece haver sentido lógico em conferir exatamente o mesmo tratamento (total inaplicabilidade de uma das sanções) para dois casos totalmente distintos: a coexistência *legítima* de ilícitos penal e administrativo e a coexistência *ilegítima* entre os ilícitos (por violação do princípio do *ne bis in idem*).

Veja-se, aliás, que autorizado o *mero e automático desconto/detração* entre as sanções, estar-se-ia fazendo da Constituição Federal letra morta. É que um dos pressupostos assentados no presente estudo para a correta análise do princípio do *ne bis in idem* foi justamente o reconhecimento de que a Constituição

---

<sup>934</sup> Este é um *rodapé confessional*. Confessamos que, durante a pesquisa e a elaboração do presente trabalho, por um tempo pensamos ser o mero e automático desconto/detração o correto instrumento de ajuste da proporcionalidade, não obstante estivéssemos cientes da resistência que tal tese enfrentaria. Ao final do trabalho, porém, em razão dos argumentos que são expostos na sequência, acabamos por nos convencer de algo distinto. Seguimos convictos de que as instâncias devem ser *consideradas* uma na dosimetria penal da outra, mas afastamos a ideia de que tal consideração deveria ocorrer com a detração automática das sanções, como em uma mera operação matemática de subtração.



Federal não apenas *autoriza*, como *recomenda*, o sancionamento através de instâncias distintas. Ora, se uma instância puder ser simplesmente descontada/detraída na outra, estar-se-á burlando tal reconhecimento e impondo (sempre) um único sancionamento.

Ademais, o presente estudo utiliza como base, como visto, julgamentos realizados pelos tribunais internacionais. Em tais julgamentos, há o *mero e automático desconto/detração entre as sanções* (penal e administrativa) quando se reconhece *violado* o princípio do *ne bis in idem*. Da mesma forma, este estudo afasta a aplicabilidade de um dos ilícitos quando se reconhece violado o princípio do *ne bis in idem*.

Porém e por decorrência lógica, não pode o presente estudo sugerir a *mesma solução (automático desconto/detração)* entre as sanções (penal e administrativa) quando *não se reconhece violado* o princípio do *ne bis in idem* (mas, sim, o da proporcionalidade).

Conclui-se, por ora, que, por um lado, i) não pode ocorrer o automático (a)cúmulo entre sanções penal e administrativa legítimas, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade, mas, por outro, que ii) não pode ocorrer o automático desconto/detração entre as sanções, sob pena de se conferir às sanções cuja coexistência é *legítima*, exatamente o mesmo tratamento conferido às sanções cuja coexistência é *ilegítima*.

Há, ainda, uma segunda razão para que a solução proposta (para atingir a proporcionalidade) não seja o *mero e automático desconto/detração* entre sanções.

Pense-se, para ilustrar esse segundo ponto, no mesmo indivíduo que ingeriu três taças de vinho e assumiu a direção do veículo em via pública, gerando perigo de dano. Porém, agora, tal indivíduo foi sancionado no âmbito administrativo com multa e, no âmbito penal, com pena de prestação de serviço à comunidade. A questão é: há proporcionalidade na mera *cumulação* de ambas as sanções?

Ora, se não há proporcionalidade na cumulação de duas sanções de multa, não pode haver proporcionalidade na cumulação de duas sanções que não-são-multa (apenas pelo fato de que não são multa). Dito de outro modo: a

*ausência de proporcionalidade advinda da cumulação de sanções* independe da natureza/espécie de sanção que é imposta<sup>935</sup>.

Isso conduz à conclusão de que um juiz poderá – mais do que isso, deverá – *considerar* a sanção de uma instância quando da imposição de sanção em instância diversa, *mesmo que tais sanções sejam de natureza/espécie diferente*.

Assim, embora em um primeiro olhar possa parecer inusitado sugerir que uma pena privativa de liberdade *considere* a existência de uma pena de multa já imposta, que uma pena de suspensão do direito de licitar *considere* a prévia existência de uma pena de prestação de serviço à comunidade, etc., importa esclarecer que esse tipo de consideração inclusive (já) existe em nosso ordenamento jurídico (e, conseqüentemente, em nosso Poder Judiciário).

Se a solução para alcançar a pretendida proporcionalidade é uma instância sancionadora *considerar* a outra, mas tal consideração *não é sinônimo de mero e automático desconto/detração entre as sanções*, urge, agora, responder: o que exatamente significa uma instância *considerar* a outra?

Para responder à questão, analise-se, de início, o artigo 8º do Código Penal ao dispor que a pena cumprida no estrangeiro *atenua* a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, *quando diversas*, ou nela é *computada*, *quando idênticas*. COSTA JR. esclarece que tal dispositivo intenta “de uma certa forma atenuar o rigorismo excessivo do §1º, do art. 7º, pelo qual o agente será punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”.<sup>936/937</sup>

<sup>935</sup> Trata-se, em verdade, de questão de (in)justiça. Pensemos na mesma situação: indivíduo que dirigiu embriagado em via pública. No caso 01, o indivíduo recebeu, no âmbito administrativo, multa e, no âmbito penal, também multa. O Poder Judiciário, então, considerará uma sanção no momento de aplicar a outra (do mesmo tipo). No caso 02, o indivíduo recebeu, no âmbito administrativo, multa e, no âmbito penal, pena de prestação de serviço à comunidade. Pode, nesse caso, o Poder Judiciário desconsiderar o conjunto sancionatório estatal e aplicar ambas as penas cumulativamente apenas por serem penas de natureza/espécie diferente (multa X prestação de serviço à comunidade)? Há justiça nisso? Não. E, ademais, caso fosse assim, o julgador poderia – querendo – optar por (sempre) aplicar sanções de tipos distintos, de modo justamente a impossibilitar a consideração de uma na outra.

<sup>936</sup> COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Curso Completo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

<sup>937</sup> O Superior Tribunal de Justiça afirma que “tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito”. (STJ, AgRg no RHC 106983/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 30.04.2020) bem como afirma que “segundo a previsão do art. 8º, CP, a pena cumprida no estrangeiro vai atenuar a reprimenda imposta aqui” (STJ, RHC 78684/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 08.02.2019). Ainda: “o art. 8º do Código Penal tem por objetivo evitar que o réu seja punido, pelo mesmo fato, em duplicidade. Assim, mesmo que se tratasse dos mesmos crimes, competiria ao juiz da execução examinar se a sanção penal imposta pela justiça estrangeira iria atenuar a pena imposta no Brasil, ou se nela seria computada, a depender de se tratassem de penas diversas ou idênticas” (STJ, HC 345957/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 21.03.2017).

Referido artigo, é bem verdade, foi redigido pensando na aplicação de sanções *advindas da mesma instância* (penal): uma aplicada dentro do Brasil e uma aplicada fora. Nesse caso, duas hipóteses são previstas: a da diversidade *quantitativa* e a da diversidade *qualitativa* das penas aplicadas. Se a divergência for meramente de natureza *quantitativa*, o magistrado deverá deduzir, da pena aplicada, aquela já cumprida (se idêntica ou inferior à pena que seria aplicada, nenhuma sanção restará a ser cumprida). Se a divergência for de natureza *qualitativa*, “a atenuação se faz imperiosa, ficando o *quantum* da pena a critério do magistrado”<sup>938</sup>.

Portanto, caso a pena – advinda do âmbito penal – cumprida no exterior seja idêntica (em espécie/natureza) à que for aplicada no Brasil (exemplo: privativa de liberdade no exterior e privativa de liberdade no Brasil) – também advinda do âmbito penal –, será feita a *compensação*. Caso a pena cumprida no exterior seja diversa (em espécie/natureza) da que for aplicada no Brasil (exemplo: multa no exterior e privativa de liberdade no Brasil), a pena a ser fixada há de ser *atenuada*<sup>939</sup>, “ficando a quantidade da redução ao critério prudente do magistrado”<sup>940</sup>.

O art. 8º, através da referida redação, abre caminho, portanto, para a possibilidade de *atenuação* da sanção quando houver, pelo mesmo fato, duplicidade/multiplicidade sancionatória estatal. Mais do que isso, abre caminho para a possibilidade de *atenuação* da sanção mesmo quando a coexistência se dá com (outra) sanção de *espécie/natureza distinta*.

Não é demais recordar, nesse ponto, aliás, que não é exclusivamente no caso do art. 8º do Código Penal que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se viram – e se veem – obrigados a confrontar elementos que possuem *espécie/natureza distinta*. Também no caso de remição da pena privativa de

---

<sup>938</sup> COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Curso Completo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

<sup>939</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

<sup>940</sup> DELMANTO, Celso (et al). *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15.

liberdade considerando a quantidade de trabalho<sup>941</sup>, de estudo<sup>942</sup> e de leitura<sup>943</sup>, bem como na (mais recente) discussão acerca da diminuição da pena privativa de liberdade em razão da prévia existência de medidas cautelares diversas da prisão<sup>944</sup>.

Tem-se, então, que, diante da imposição de multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato, o Poder Judiciário deve, casuisticamente, *considerar* o conjunto sancionatório (global) imposto. Deve, ao impor uma pena em determinada instância, *atenuá-la*, justamente por *considerar* penas eventualmente já impostas em outras instâncias, “ficando a quantidade da redução ao critério prudente do magistrado”<sup>945/946</sup>

---

<sup>941</sup> Dispõe o art. 126 da Lei de Execução Penal que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho, parte do tempo de execução da pena. O §1º, II, estabelece que haverá o desconto de um dia de pena privativa de liberdade a cada três dias de trabalho. Nesse caso, o Poder Legislativo precisou definir “a medida” do desconto: quantos dias de trabalho corresponderia a um dia de pena?

<sup>942</sup> Dispõe o art. 126 da Lei de Execução Penal que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por estudo, parte do tempo de execução da pena. O §1º, I, estabelece que haverá o desconto de um dia de pena privativa de liberdade a cada doze horas de frequência escolar. Nesse caso, o Poder Legislativo precisou definir “a medida” do desconto: quantas horas de estudo corresponderia a um dia de pena? E, antes de haver legislação nesse sentido, a jurisprudência já reconhecia o direito à remição pelo estudo (vide Súmula 341 do STJ, de 2007), ficando, à época, a cargo dos magistrados a definição do tempo de trabalho para cada dia de remição de pena.

<sup>943</sup> O Estado do Paraná foi o primeiro Estado brasileiro a regulamentar a remição através da leitura. A Lei Estadual n. 17.329/2012 estabelece que o preso custodiado alfabetizado poderá realizar a leitura de uma obra literária (além de elaborar relatório de leitura/resenha) a cada trinta dias, o que permite a remição de quatro dias da sua pena. Também aqui houve necessidade, portanto, de se estabelecer quantos dias de pena privativa de liberdade seriam abatidos em razão da leitura de um livro.

<sup>944</sup> É que, anteriormente à Lei n. 12.403/2011, existia um binômio prisão-liberdade. Ou o sujeito aguardava o julgamento preso ou solto. Tal Lei criou uma – nas palavras de LOPES JR. – “polimorfologia cautelar”, trazendo, no art. 319 do CPP, um rol de medidas cautelares diversas da prisão. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 852. Isso gerou, porém, discussão de outra ordem: antes, se o sujeito aguardava o julgamento preso, tinha direito a detrair o tempo de prisão no tempo da pena imposta; caso aguardasse o julgamento solto, evidentemente não possuía tal direito. Agora, com a existência de medidas cautelares diversas, o sujeito pode estar solto, preso, com tornozeleira eletrônica, com recolhimento domiciliar noturno, etc. A questão: há ou não há *consideração* dessas medidas diversas no tempo de eventual pena imposta? E, mais do que isso, quantos dias de uso de tornozeleira eletrônica equivale a um dia de pena privativa de liberdade? Um para um? Dois para um? Três para um? Ou sequer deve haver tal consideração? A legislação não trouxe, por ora, respostas, de modo que a doutrina e a jurisprudência vêm decidindo casuisticamente (e de modo não unânime). Apenas exemplificativamente, veja-se recente decisão do STJ: “dentre as novas medidas alternativas à prisão, apenas o recolhimento domiciliar noturno e a internação provisória, previstas nos incisos V e VII do art. 319 do CPP, se compatibilizam com o instituto da detração penal, ao passo em que as demais, de regra, por não consistirem em efetiva restrição de liberdade, não devem ser descontadas no tempo de condenação final.” STJ, AgRg no AREsp 1700717/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 03.09.2020.

<sup>945</sup> DELMANTO, Celso (et al). *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15.

<sup>946</sup> Nesse ponto, há que se fazer registro que consideramos importante – pela relevância da ideia. Em conversa com Fábio André Guaragni, durante a elaboração do presente trabalho, o Prof. se posicionou contra o mero e automático desconto/detração entre sanção penal e administrativa

Como terceiro e último apontamento, importante registrar que tal operação já pode ser realizada com o arcabouço legislativo atualmente vigente (*lege lata*).

Veja-se que, caso o Poder Judiciário constate a multiplicidade sancionatória em razão do mesmo fato, para realizar a recomendada *atenuação* basta lançar mão do art. 66 do Código Penal<sup>947</sup>, que autoriza que a pena seja atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, *embora não prevista expressamente em lei*.<sup>948</sup>

---

por considerar “que tais sanções possuem *pesos distintos*”, ou seja, “por considerar que, embora às vezes as sanções coincidam na espécie e mesmo no *quantum*, tem a sanção penal um peso maior do que a sanção administrativa, razão pela qual não podem ser automaticamente detraídas/descontadas”.

<sup>947</sup> São as chamadas *atenuantes inominadas*. “A abertura que as atenuantes inominadas provocam no sistema de penas permite a incorporação de inúmeras situações peculiares, próprias do caso em julgamento, no sentido de buscar uma melhor individualização da sanção”. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 428. “Entende-se por atenuante inominada aquela circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, não disposta em lei, mas que influencia no juízo de reprovação do autor (...)”. STJ, AgRg no AREsp 1534503/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. “(...) O legislador poderia aproveitar essas circunstâncias a fim de melhor descrever o ilícito, todavia preferiu ampliar o poder judicial para flexibilizar o rigor punitivo (...)”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 987. O Poder Judiciário, talvez por um apego legalista, é ainda resistente à aplicação de atenuantes inominadas, basta notar o número pouco significativo de decisões que a aplicam.

<sup>948</sup> Estamos aqui considerando que o juiz criminal venha a aplicar a pena posteriormente à condenação administrativa. Em regra, é o que ocorre, em razão da maior demora (por mais amplas garantias e mais complexo sistema recursal) do processo penal. Evidentemente, caso ocorra de a condenação penal vir antes da condenação no âmbito administrativo sancionador, há possibilidade de considerar a sanção criminal na pena administrativa, que também passa por (espécie de) cálculo de dosimetria. Sobre dosimetria nas sanções no âmbito administrativo sancionador, veja-se, por exemplo: GARCIA, Emerson. A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, p. 29-63, jan.-fev., 2006; LINS, Robson Maia; PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. As multas fiscais e a sua graduação à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 1, jul.-ago., 2016; MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. A dosimetria da penalidade administrativa aplicada pelo Banco Central, após a Vigência da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. In *Revista da PGBC*, v. 14, n. 1, jun., 2020. Nesse sentido, aliás, ao analisar a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, CARVALHO FILHO destaca ser imprescindível “a observância do princípio da proporcionalidade, exigindo-se correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar *tipos abertos*, dando margem a interpretações abusivas”. Ressalta ainda o jurista que “o art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.492/1992, pretende indicar os *elementos valorativos* para a imposição da penalidade: deve o juiz considerar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Mas não é só, prossegue o autor: “se é certo que tais elementos devem ser valorados, sempre existirão outros que poderão servir como parâmetros para a dosimetria da sanção, como a intensidade do dolo, a reincidência, a natureza da participação dos agentes, as circunstâncias do fato etc. É lícito, pois, ao juiz socorrer-se dos elementos de valoração previstos no art. 59 do Código Penal, inteiramente adequado à fixação das sanções de improbidade”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1166-1167.

Não é demais recordar que *não há na lei* recomendação expressa acerca do *quantum* aplicável para as atenuantes, ficando tal decisão a cargo do Poder Judiciário. Nesse ponto, arrisca-se afirmar que o *quantum* de atenuação deve guardar relação com o seguinte: *em qual medida as funções da sanção penal coincidem com as funções da sanção administrativa*.

Ora, se os ilícitos estão coexistindo legitimamente (ou seja, se não há burla de etiquetas e a coexistência entre ilícito administrativo e penal é *legítima*), a impossibilidade de simplesmente *cumular* as sanções provenientes de instâncias distintas – sob pena de violar o princípio da proporcionalidade – advém (justamente) do fato das funções das sanções *coincidirem* – em menor ou maior grau.

Imagine-se que o legislador considerou determinado fato e previu sanção administrativa de X para *prevenir e reprovar*, e que o legislador considerou o *mesmo fato* e previu sanção penal de Y (também) para *prevenir e reprovar*. Veja-se que, por mais que a coexistência entre os ilícitos seja legítima – porque são materialmente/qualitativamente distintos em seus conteúdos –, a proporcionalidade da mera soma das sanções (que pretendem exatamente os mesmos fins) *não se sustenta*.<sup>949</sup>

É possível afirmar, portanto e de modo direto: quão mais próximas são as funções pretendidas pela sanção penal e pela sanção administrativa, maior *quantum* de atenuação deve adotar o Poder Judiciário.

Não obstante tais operações signifiquem avanço e possam ser, desde já, aplicadas, apresentam também um (atual e grave) problema, diante da existência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: a atenuação (a ser realizada no art. 66 do Código Penal) apenas poderá ser realizada quando a sanção penal estiver *acima do mínimo legal* (em razão da impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria<sup>950</sup>).

Significa reconhecer que, em razão da Súmula 231 do STJ – não obstante não seja vinculante, inspira quase a totalidade da jurisprudência nacional –,

---

<sup>949</sup> Vale recordar o já citado caso *Garlsson Real Estate*, julgado pelo TJUE em 2018, em que se decidiu que somente é possível o cúmulo de sanções (penal e administrativa) quando estas visarem *finalidades complementares*, que tenham por objeto *aspectos diferentes da mesma conduta ilícita*. Porém, mesmo nesses casos, o cúmulo sancionatório deve estar sujeito a regras que prevejam a *obrigação de as autoridades competentes, em caso de aplicação de uma segunda sanção, assegurarem que a severidade do conjunto de sanções aplicadas não exceda a gravidade da infração cometida*.

<sup>950</sup> Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

quando a sanção penal estiver sendo aplicada *no mínimo legal*, não poderá ser atenuada em razão da existência de sanções aplicadas em outras instâncias, o que acarreta, sem dúvida, violação do princípio da proporcionalidade.

Diante disso, *dois são os caminhos possíveis*.

O primeiro deles é a *revogação* da Súmula 231 do STJ, o que permitiria, com o manejo da legislação vigente, a atenuação de todas as sanções penais que fossem conjuntamente impostas com sanções advindas de instância diversa – mesmo aquelas que já estivessem no mínimo legal.

A (i)legalidade da Súmula 231 do STJ não é tema central do presente estudo, mas, sendo um dos caminhos possíveis à concretização da proposta que ora se faz, necessário traçar algumas considerações a respeito.

Os principais argumentos que deram ensejo à sua edição são: i) a impossibilidade de redução abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria é histórica, ii) a redução abaixo do mínimo cominado pela lei seria uma afronta ao princípio da legalidade e iii) a inexistência de um limite para se operar a redução poderia conduzir à “pena zero”.

Não é difícil contrapor cada um dos argumentos.

Quanto ao argumento historicista, BITENCOURT<sup>951</sup> lembra que o entendimento de não permitir que se vá aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria é derivado de uma interpretação retrospectiva do Código Penal de 1940, cujo texto original previa uma atenuação especial: “se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, *não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido*” (art. 48, parágrafo único, do Código Penal, redação original). O autor, considera, porém, que tal derivação é equivocada<sup>952</sup>, em especial porque a Reforma Penal de 1984 *não manteve a restrição que constava do antigo texto*.<sup>953</sup>

<sup>951</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 676.

<sup>952</sup> O entendimento de BITENCOURT é acompanhado de outros autores que defendem, desde a Reforma de 1984, a possibilidade das atenuantes reduzirem a pena aquém do mínimo legal. Vide, nesse sentido, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 246 e ss. Por fim, mencione-se que “a constante referência ao tradicionalismo é equivocada, pois, ao ignorar que antes da Reforma Penal de 1984 vigia o sistema bifásico de aplicação da pena, com as circunstâncias legais sopesadas concomitantemente às judiciais, presume que o argumento da não atenuação aquém do mínimo cominado continua válido na atualidade, afastando, inclusive, a necessidade de investigar sobre a correção de tal argumento”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 995.

<sup>953</sup> TOSCANO JÚNIOR e MONI DE OLIVEIRA estudaram os (seis) julgados que serviram de precedente para a edição da Súmula e listaram os raciocínios falsos utilizados. Juízos morais,

No que refere à violação do princípio da legalidade, há que se considerar, a um, que tal princípio – em sua conhecida origem iluminista – representa uma garantia ao indivíduo face ao poder punitivo estatal. O argumento de que a redução da pena do indivíduo abaixo do estabelecido em lei viola a legalidade representa assim, uma espécie de inversão de valores. Mas, mais do que isso, há que se considerar que o art. 65 do Código Penal prevê – expressamente – que as atenuantes *sempre* atenuam a pena (e, diferentemente do que realiza o art. 61 do Código Penal, não prevê qualquer exceção). Leia-se: a legalidade, em verdade, está a (sempre) impor a atenuação<sup>954/955</sup>

Por fim, no que diz respeito à possibilidade de se chegar à “pena zero”, “trata-se de argumento falacioso, considerando que se concede ao juiz atenuar a pena – em limite inferior à fração minorante de pena (até dois terços) – e não extirpar a pena ou conceder pena zero.” Seguem MARTINELLI e DE BEM que

---

argumentos de autoridade e a falácia da tradição são de uso constante. TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/as-circunstancias-legais-e-a-aplicacao-centrifuga-da-pena>> Acesso em: 16/02/2021. MONI DE OLIVEIRA, Antonio Carlos. Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, p. 335-363, maio, 2017.

<sup>954</sup> “A vedação de redução da pena abaixo do mínimo legal quando presente circunstância atenuante é que viola a legalidade e não o contrário. Quando o Estado-juiz cria hipótese na qual é vedado reduzir uma pena, ele está, via direta, conduzindo ao agravamento de uma pena. Repare que, num dos julgados utilizados como precedente da súmula, o Relator para o acórdão chega a justificar a não aplicação da atenuante, consignando que, apesar de a lei dizer “sempre atenua”, existem hipóteses nas quais sua incidência não acarretará a redução, dentre elas quando a atenuação acarrete o rompimento da barreira mínima do preceito secundário. É, no mínimo estranho justificar a legalidade com a ilegalidade.” MONI DE OLIVEIRA, Antonio Carlos. Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, p. 335-363, maio, 2017. Ainda: “a possibilidade de ultrapassar os limites mínimos parece ser adequadamente justificada – logicamente que esta flexibilização das barreiras legais é inadmissível em relação às agravantes, pois os critérios hermenêuticos decorrentes do princípio da legalidade são bastante claros no sentido da exclusiva admissibilidade da interpretação em benefício do réu”. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>955</sup> Alguns autores compreendem que a Súmula 231 do STJ busca, na mesma linha do princípio da legalidade, preservar o princípio da separação dos poderes. Sobre isso, veja-se STJ, Resp. nº 68.120-0/MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 16.09.96, v.u., DJU 09.12.96: “Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o Juiz fixá-la em patamar favorável ao réu? Impõe-se resposta positiva. O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota do Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais, deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos. O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os permenores por quem elabora a lei. Não se trata de mero pieguismo. Ao contrário, realização de justiça material”.



“atenuação e eliminação não são termos sinônimos, pois, do contrário, não haveria discricionariedade, senão arbitrariedade”<sup>956</sup>.

Registre-se, ademais, que a Súmula 231 do STJ enfraquece o princípio da individualização da pena – bem como o princípio da igualdade/isonomia e da proporcionalidade –, pois acaba por *equiparar situações não equiparáveis*. Basta pensar em dois corréus, acusados do mesmo crime: um deles possui dezoito anos e confessa o delito, o outro possui quarenta anos e não confessa. Caso ambos tenham a pena-base fixada no mínimo legal, terão suas penas equiparadas, não obstante um dos réus possua duas relevantes atenuantes que o outro não possui.<sup>957</sup>

O segundo caminho é uma proposta *de lege ferenda*: a criação de uma causa de diminuição (minorante) prevista na *parte geral* do Código Penal (aplicável para todos os crimes, portanto), a incidir na terceira fase da dosimetria (fase em que é – pacificamente – permitida a redução abaixo do mínimo legalmente cominado). Tal minorante poderia, então, expressamente prever uma diminuição *variável* (de X até Y) para os casos em que a sanção penal seja aplicada cumulativamente com sanções advindas de outras instâncias, em razão do mesmo fato.

#### 4.5 CONCLUSÕES SOBRE O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO *NE BIS IN IDEM* E DA PROPORCIONALIDADE NA MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL

Neste último Capítulo buscou-se responder dois questionamentos, (necessariamente) na ordem aqui disposta.

O primeiro: sempre que o Estado sancionar o *mesmo fato*, *múltiplas vezes* (através de instâncias distintas), restará violado o princípio do *ne bis in idem*?

Considerando todos os pressupostos estabelecidos no presente trabalho, concluiu-se que não. A análise será casuística. Existem situações em que o Estado impõe, legitimamente, sanções múltiplas, advindas de instâncias diversas, em razão do mesmo fato. Existem, porém, situações em que esta

---

<sup>956</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 995 e, nesse mesmo sentido, ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

<sup>957</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008, p. 590 e ss.

imposição múltipla de sanções é ilegítima: seja porque o legislador atuou com *burla de etiquetas* – rotulando um ilícito de modo que não corresponde à realidade<sup>958</sup> –, seja porque o julgador, na análise de determinado caso, ignorou os pressupostos essenciais à caracterização de um ilícito penal e acabou por equiparar crime e ilícito administrativo.

Nestes casos em que a multiplicidade sancionatória estatal, em razão do mesmo fato, revela-se ilegítima, a solução da questão vem através do princípio do *ne bis in idem*, que impõe seja um dos ilícitos *afastado*.

Nem todos os casos de multiplicidade sancionatória estatal, porém, se resolvem através do princípio do *ne bis in idem*, justamente porque, como visto, há casos em que há incidência de múltiplas sanções, em razão do mesmo fato, mas tal princípio *não é violado*.

É nesse momento, então, que entra em cena a segunda – e subsidiária – pergunta: nas hipóteses em que o princípio do *ne bis in idem* não é violado e que, portanto, é possível admitir a coexistência de ilícitos penal e administrativo, é legítimo simplesmente *cumular as sanções* previstas em ambas as instâncias ou isso viola o princípio da proporcionalidade?

Também considerando todos os pressupostos firmados no presente trabalho, concluiu-se que a automática e impensada cumulação das múltiplas sanções viola, sim, o princípio da proporcionalidade.

Nesses casos, portanto, os ilícitos podem coexistir, sem que haja ilegitimidade. Mas, quando o Poder Judiciário for impor os sancionamentos, deverá necessariamente *considerar o (global) conjunto sancionatório estatal*. Em outras palavras: o julgador, ao impor uma sanção em uma instância, deverá

---

<sup>958</sup> “O legislador ordinário assume ainda a responsabilidade de garantir uma convivência harmônica e complementar entre o Direito Penal e os regimes punitivos integrados noutros ramos de Direito. O respeito pelo *ne bis in idem* não inclui apenas uma proibição de estabelecer penas ou julgamentos sucessivos pelo mesmo crime, nem mesmo somente uma proibição de estabelecer sanções análogas à pena pelo mesmo facto ou de garantir o respeito pelo caso julgado. Pelo contrário, também impõe a adoção, por parte do legislador, de mecanismos normativos destinados a evitar que ocorram situações de dupla punição (...).” Portanto, registra a autora, inspirada nas lições de Schmidt-Assmann, que – em linha próxima ao que se defende no presente estudo – o legislador possui três deveres concretos: i) dever de indicar quais as finalidades prevalecentes das sanções, ii) dever de evitar a criação de sanções com finalidades idênticas ou muito próximas para os mesmos comportamentos e iii) dever de previsão de mecanismos de redução ou restrição de aplicação cumulativa das sanções em casos de manifesta proporcionalidade. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2015, p. 495.

necessariamente direcionar o olhar para as instâncias diversas e *levar em consideração* caso outra sanção já tenha sido previamente imposta.

Quando se diz que o julgador deve, no momento de apenar, *levar em consideração* outras sanções já impostas, se está a afirmar, mais especificamente, que, emprestando o raciocínio disposto no art. 8º do Código Penal, poderão sanções impostas em outra instância servir *para atenuar* (no âmbito das atenuantes inominadas, previstas no art. 66 do Código Penal) a sanção penal.

A conclusão, assim, é que, diante do (atual e inquestionável) cenário de multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato, a racionalidade punitiva só advirá da conjugação (subsidiária) de dois princípios: o princípio do *ne bis in idem* e o princípio da proporcionalidade.

## CONCLUSÕES

Esta tese é fruto de um mergulho profundo nas águas da multiplicidade sancionatória estatal, do princípio do *ne bis in idem* e do princípio da proporcionalidade. Emerge-se, agora, com a sensação de que é possível traçar algumas conclusões e realizar algumas proposições.

01. O Brasil presenciou, nas últimas décadas, a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo. Com isso, o direito penal se tornou *administrativizado* e o direito administrativo se tornou *penalizador*. Afora as consequências principiológicas e dogmáticas, esse movimento acarretou uma constante *sobreposição de sancionamentos*. Mas há que se ir além: o Brasil, também nas últimas décadas, foi cenário de verdadeira *proliferação de leis sancionadoras*. Com isso, tornou-se frequente um (mesmo) indivíduo ser sancionado *múltiplas vezes* – pelo Estado – em razão *de um mesmo fato*. Não por acaso está o Brasil sendo comparado à Hidra de Lerna, monstro da mitologia grega que possuía um único corpo, mas diversas cabeças de serpente.

02. O princípio do *ne bis in idem*, embora não possua expressa previsão constitucional, é adotado implicitamente no Brasil – por derivação de outros princípios, como devido processo legal e coisa julgada –, bem como é previsto em tratados e convenções dos quais o Brasil é parte. Tal princípio impõe que “ninguém seja duplamente *julgado* pelo mesmo fato” (vertente processual) e que “ninguém seja duplamente *punido (sancionado)* pelo mesmo fato” (vertente material). Se assim é, urgente registrar o primeiro questionamento que esta tese busca responder: quando o Estado *pune (sanciona)* múltiplas vezes a mesma pessoa, pelo mesmo fato, através de instâncias distintas, está violando o princípio do *ne bis in idem*?

03. A resposta é menos simples do que parece. A Constituição Federal não apenas autoriza, como *determina*, em mais de um dispositivo, que haja a multiplicidade sancionatória estatal (vide, por exemplo, art. 225, §3º e art. 37, §4º), razão pela qual a legislação infraconstitucional é repleta de previsões que homenageiam a independência entre as instâncias e a possibilidade de cumular responsabilidades advindas de um mesmo fato (vide, ilustrativamente, o art. 121

da Lei n. 8.112/1990, o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, os arts. 1º e 3º da Lei Anticorrupção, dentre tantos outros). Assim, em razão da existência de mandamento constitucional, conclui-se que o princípio do *ne bis in idem* não pode simplesmente ser aplicado *entre distintas instâncias* – mesmo que se compreenda que a independência *não é absoluta*, mas *mitigada* – de maneira a (sempre) proibir a pluralidade persecutória. Em outras palavras: reconhece-se que o princípio do *ne bis in idem* é aplicado no *âmbito interno* de cada instância, razão pela qual não pode haver pluralidade de sancionamento dentro da instância penal, dentro da instância administrativa ou dentro de qualquer instância, mas não é vedada a pluralidade de sancionamento *entre instâncias distintas*.

04. Porém, e este é ponto essencial, o Poder Legislativo não pode incorrer em *burla de etiquetas*. Significa dizer que o Poder Legislativo não pode tratar/carimbar como sendo *administrativo* um ilícito que é (em verdade) *penal* pois, feito isso, a coexistência de tal ilícito com outro de natureza (também) penal, violará o *ne bis in idem* e um dos ilícitos deverá ser *afastado do ordenamento jurídico*. Para subsidiar o presente ponto, foi analisada e trazida à tese a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os tribunais internacionais, que possuem aprofundado estudo sobre o tema da multiplicidade sancionatória, concluíram que, para proceder à análise sobre a violação (ou não) do princípio do *ne bis in idem*, não se pode considerar a classificação do ilícito realizada pelo legislador de cada país como *vinculante*, mas se deve *analisar a verdadeira natureza de cada ilícito*. Em outras palavras: é possível que o legislador interno tenha classificado determinado ilícito como sendo de natureza X, mas que tal ilícito tenha, em verdade, natureza Y.

04.01. Como decorrência desta conclusão, os tribunais internacionais se viram impelidos a estabelecer critérios para analisar a *verdadeira natureza do ilícito*. Foram estabelecidos, então, os Critérios Engel (*Engel Criteria*), que recomendam a análise conjunta (i) da classificação (*não vinculante*) feita pelo legislador interno, (ii) da natureza (do conteúdo) material do ilícito e (iii) do grau

de severidade (analisada conjuntamente com a(s) finalidade(s)) da sanção imposta.

04.02. Também como decorrência desta conclusão, os tribunais internacionais se viram obrigados a reconhecer – ou a atribuir – a importância do Poder Judiciário na realização de um (*novo*) *filtro de aderência* ao princípio do *ne bis in idem*. Embora o Poder Legislativo seja o primeiro destinatário do princípio e deva evitar sancionar de modo múltiplo e indevido o mesmo fato, o Poder Judiciário é o segundo destinatário *do ne bis in idem* e pode (ou melhor, deve) (re)avaliar a (legitimidade da) classificação dos ilícitos realizada pelo legislador e a (legitimidade da) (co)existência de ilícitos baseados no mesmo fato.

05. Em razão dos Critérios Engel, que impõem a necessidade de se analisar a natureza (o conteúdo) material do ilícito, como ponto determinante para definir a violação (ou não) do *ne bis in idem*, indispensável traçar a distinção entre *ilícito administrativo* e *ilícito penal*. A tarefa não é fácil e remonta a discussões do séc. XIX. O presente estudo analisou criticamente os critérios (histórica e usualmente) utilizados para proceder a tal distinção: o da (espécie de) sanção imposta, o da autoridade que impõe a sanção, o da finalidade/função da sanção e o do conteúdo do próprio ilícito.

05.01. Já foi visto que a (verdadeira) natureza do ilícito não advém da (mera) classificação que o legislador lhe dá. Por isso, descartam-se os critérios que servem como um convite à arbitrariedade, justamente por não *guiar/limitar* o legislador: o da *espécie de sanção imposta* e o da *autoridade que impõe a sanção*. Nesses (dois) casos, o legislador classificaria livremente o ilícito como penal ou administrativo e a natureza do ilícito seria (simplesmente) *constatada ex post*, justamente a depender da espécie da sanção e/ou da autoridade que impôs.

05.02. Dois são os critérios capazes de *guiar/limitar* o legislador: aquele que define a natureza do ilícito pela *finalidade/função da sanção* e aquele que define o ilícito em razão *do próprio conteúdo material*. O presente estudo opta pelo último. A um, porque a discussão sobre quais são, efetivamente, as funções da pena é *histórica* e está (ainda e sempre) *aberta*. Portanto, se sequer há

pacificação sobre *quais são* as funções da pena, como atribuir justamente às funções da pena a missão de distinguir os ilícitos? A dois, as funções atribuídas às sanções penais e administrativas *não são uniformes*: a depender do fato ilícito e/ou do agente que o praticou, pode prevalecer determinada função (em detrimento de outras). A três, as funções atribuídas aos ilícitos penal e administrativo *se confundem*: de ambos os âmbitos se espera função *preventiva* e função *retributiva*. Mesmo a função *simbólica*, historicamente utilizada pelo direito penal, já vem sendo adotada pelo direito administrativo sancionador. A quatro, adotar o critério teleológico como guia de distinção permite que o legislador imponha – de modo cumulativo e legítimo – sanção para reprovar, outra para intimidar, para reafirmar a norma, para neutralizar o agente, para fins pedagógicos, para regulamentar atividade naquele setor e quantas outras sanções a imaginação/desejo do legislador permitir. A cinco e por fim, este estudo abraça correntes normativistas – e não funcionalistas – do direito penal, por considerá-las em maior harmonia com as garantias constitucionais.

05.03. Adota, o presente estudo, o critério que distingue ilícito penal e ilícito administrativo em razão *do próprio conteúdo do ilícito*: uma distinção *qualitativa*. Essa diferença é feita através de uma visão interessada do direito penal: estabelecendo o que é passível de criminalização, nascem critérios e limites para *o que pode* e para *o que não pode* ser matéria de direito penal – seja para o legislador, seja para o julgador. Dois requisitos são essenciais para legitimar criminalizações: (i) deve haver, como objeto da norma, um bem jurídico de dignidade penal e (ii) deve haver, quanto ao bem jurídico penal, ofensividade.

05.04. Daí a conclusão de que existe um espaço normativo *vedado ao direito penal* – em razão da não observância da exigência de ofensa a um bem jurídico penal –, que pode ser encampado pelo direito administrativo. Por outro lado, existe um espaço normativo *reservado ao direito penal*, em razão da evidente existência da ofensa a bens jurídicos penais e da insuficiência do direito administrativo (âmbito nuclear do direito penal). E há, finalmente, um campo de intervenção *possível para ambas as instâncias*: é um campo de fatos detentores de ofensividade compatível com a punição penal e com a punição administrativa, cuja escolha legislativa está guiada por (outros) princípios.

05.05. Ponto de enfrentamento também essencial à tese é: nesse campo de intervenção possível para ambas as instâncias, haverá necessariamente a incidência de *apenas uma das instâncias* (direito penal *ou* direito administrativo) ou é possível que o legislador aloque o ilícito em ambas as instâncias (direito penal e direito administrativo)? Responder que o legislador deverá necessariamente optar por uma única instância é renegar as autorizações – e determinações – constitucionais, como já visto. Portanto, admite-se, nesses casos, que o legislador puna através de mais de uma instância, sem que isso revele violação ao princípio do *ne bis in idem*. Mas, esclareça-se: não se está a admitir que a punição deverá advir da mera e automática *cumulação entre sanções penais e administrativas*, pois, além do princípio do *ne bis in idem*, há outro princípio que deve ser observado: o da proporcionalidade.

06. Assim, é urgente registrar o segundo questionamento que esta tese busca responder: é legítimo simplesmente *cumular* as sanções advindas (legitimamente, sem violar o *ne bis in idem*) das instâncias penal e administrativa ou isso viola o princípio da proporcionalidade? Após analisar o princípio da proporcionalidade e concluir que possui o caráter de “metanorma”, de “norma sobre a aplicação de outras normas”, de “postulado constitucional”, que está, portanto, *acima de todas as instâncias do direito* e, conseqüentemente, se aplica *entre as instâncias*, é possível responder que não. A automática e impensada (a)cumulação entre todas as sanções (incidentes em razão do mesmo fato), viola o princípio da proporcionalidade.

07. Nesses casos, portanto, os ilícitos podem coexistir, sem que haja violação do *ne bis in idem*, mas, quando o julgador for impor qualquer dos sancionamentos, deverá necessariamente *considerar* o (*global*) conjunto sancionatório estatal. Em outras palavras: o julgador, ao impor sanção em uma instância, deverá necessariamente direcionar o olhar para as instâncias diversas e *levar em consideração* caso outra sanção já tenha sido previamente imposta.

08. Quando se diz que o julgador deve, no momento de sancionar, *levar em consideração* outras sanções já impostas em instâncias distintas, não se está a afirmar que deve ocorrer um automático desconto (uma mera detração) entre as sanções. Primeiro porque nem sempre as sanções serão da mesma espécie e,



mesmo nos casos em que as sanções forem de espécie distinta (pena privativa de liberdade, multa, suspensão da atividade, etc.), essa consideração *deve operar*. Segundo porque quando se entende *violado* o princípio do *ne bis in idem* (ou seja, quando se entende que a coexistência entre ilícitos é *ilegítima*), a consequência é o afastamento de um dos ilícitos do ordenamento jurídico (de modo que a sanção prevista neste ilícito simplesmente não se aplica). Assim, quando se entende *não violado* o princípio do *ne bis in idem* (ou seja, quando se entende que a coexistência entre ilícitos é *legítima*), não faz sentido que o tratamento seja exatamente o mesmo: o automático e total abatimento (detracção) de uma sanção na outra.

09. Quando se diz que o julgador deve, no momento de sancionar, *levar em consideração* outras sanções impostas em instâncias distintas, se está a afirmar que o julgador não apenas pode, mas que o julgador *verdadeiramente deve, atenuar* a sanção que está a impor, quando do cálculo da dosimetria penal. Como o presente estudo possui uma visão interessada do direito penal, pode-se afirmar que, especificamente neste âmbito, a atenuação pode ocorrer (i) na segunda fase da dosimetria, nos termos do art. 66 do Código Penal, que prevê atenuantes inominadas, desde que seja revisto o conteúdo da Súmula 231 do STJ e a atenuante seja (como recomenda o art. 65 do Código Penal) *sempre aplicada* (proposta *lege lata*) ou (ii) na terceira fase da dosimetria, com a criação de uma (específica) causa de diminuição (minorante) na parte geral do Código Penal, com percentuais variáveis de diminuição, a depender do caso (proposta *lege ferenda*).

10. *A conclusão das conclusões*: a presente tese busca responder dois questionamentos subsidiários. Um: sempre que o Estado sancionar, o mesmo fato, múltiplas vezes (através de instâncias distintas), restará violado o princípio do *ne bis in idem*? Nem sempre. Poderá haver coexistência *legítima* entre ilícitos penal e administrativo. Porém, se o legislador incorrer em *burla de etiquetas*, o julgador poderá reconhecer a *ilegitimidade* da coexistência – por violação ao *ne bis in idem* no âmbito *interno* das instâncias – e afastar um dos ilícitos (e, conseqüentemente, deixar de aplicar a sanção prevista no ilícito afastado). Dois: nas hipóteses em que o princípio do *ne bis in idem* não é violado e que, portanto, é legítimo cumular ilícitos penal e administrativo, é legítimo simplesmente

*cumular* as sanções advindas das distintas instâncias ou isso viola a proporcionalidade? A mera e irrefletida (a)cumulação de sanções viola, sim, o princípio da proporcionalidade, razão pela qual o julgador sempre deverá dirigir o olhar para as demais instâncias sancionadoras estatais e *considerar* o conjunto (global), *atenuando* a sanção que se está a impor em razão da existência de sanções já impostas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALION, Enrique R. El Derecho Penal Administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. In *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1945, Buenos Aires, p. 443.
- AFTALION, Enrique R. Los Límites entre el Derecho Penal Común, El Derecho Penal Administrativo y el Disciplinario. In *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1977, Buenos Aires, p. 739.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- AISA, Estrella Escuchuri. Los principio de *non bis in idem* y de íntegra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes. In *Ciências Penais*, vol. 10, 2009, p. 57-99.
- ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- ALBERO, Ramón García. *“Non Bis in Idem” Material y Concurso de Leyes Penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.
- ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. In *Ratio Juris*. V. 16. Oxford: Blackwell, 2003.
- ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Jan-R Sieckmann (ed.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Vades. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004.
- ALTOÉ, Rafael. *Política criminal e direitos fundamentais – novas tendências penais, força normativa e o horizonte das liberdades individuais na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.
- ALVARÉZ ECHAGUE, Juan Manuel. *La extinción de la acción penal tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018.
- ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal

de Contas da União. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 71-103 set/dez. Rio de Janeiro, 2018.

AMALFITANO, Chiara. Bis in idem por il. “Ne bis in idem”: nuovo quesito ala Corte di Giustizia. In *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Padova, 2004.

ANDRADE FILHO, Abel de. Do Ilícito Penal. In: *Boletim do Instituto de Criminologia*, vol. VI. Lisboa, 1945.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito Penal Administrativo e Ilícito Fiscal. In *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 08, 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade. Significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3ª ed. Brasília: UNB, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, 2000.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Parecer jurídico disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-sefaz-rj-decide-processo.pdf>.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZZARI, Juan Cruz. *Derecho Penal Administrativo Argentino*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mensalão e a propalada independência das instâncias. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933: 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACH, Marion; CARUNCHO, Alexey Choi. A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade. In *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em*

homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

BACH, Marion; VEIGA, Daniel Rogério de Carvalho. Função simbólica do direito penal e o princípio da intervenção mínima. In *Caderno PAIC/FAE*, v. 15, 2014. Disponível em <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/73>.

BACH, Marion. Os Tribunais Superiores e a (Im)possibilidade de reconhecer a inexistência ou de revisar ato jurídico em desfavor do réu. In *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba: OAB/PR, 2017.

BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, p. 157-179, jan.-mar., 2014.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal econômico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 3ª ed. actual. ampl. Buenos Aires: La Ley, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 5, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In *Suffragium*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, mar/1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na cidade do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2012.
- BELTRAME, Priscila Akemi. Proibição de submissão a novo julgamento – regra do *ne bis in idem* – o sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 80, 2009, p. 407-430.
- BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada. In *Las Garantías Penales y Procesales: Enfoque histórico comparado*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2001.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? – teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITAR, ORLANDO. *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978. v. 3.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, 2006.

BOTTINO, Thiago; PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 172, p. 207-237, out., 2020.

BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena – do discurso jurídico à crítica criminológica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana; GÓES, Guilherme de Toledo. Formação de cartel e fraude à licitação: uma proposta de solução da antinomia a fim de se evitar o *bis in idem*. *In Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP*. Luciano Feldens, Heloísa Estellita e Alexandre Wunderlich (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRANDÃO, Nuno. Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito penal e o Direito contra-ordenacional. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal v.1*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUJÁN-PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico – Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

BUONICORE, Bruno Tadeu e MENDES, Gilmar. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *In Boletim IBCCRIM* n. 340, ano 29, março de 2011.

BUONICORE, Bruno Tadeu e TEIXEIRA NETO, João Alves. A Fundamentação onto-antropológica do direito penal. *In Revista dos Tribunais*, vol. 954. São Paulo: 2015.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. *In Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, Regras e a Fórmula de Ponderação em Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAETANO, Marcello. *Lições de direito penal*. Lisboa: Jornal do Comércio, 1939.

CAETANO, Matheus Almeida. *Delitos de acumulação e ofensividade no Direito Penal Ambiental da Sociedade de Risco*. Dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

- CALDEIRA, Felipe Machado. A Conformação Constitucional do Direito Penal Econômico e a Impossibilidade de Sobreposição de Sanções Administrativa e Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2012.
- CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais pragmáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Portugal: Almedina, 2002.
- CAPACCIOLI, Enzo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I. Pádua: CEDAM, 1980.
- CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A decisão da corte constitucional italiana no “Caso Eternit-Bis”: questões novas sobre as relações entre bis in idem processual e concurso formal de crimes? In *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 129-151, 2018.
- CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito: Límites a la Intervención del Derecho Penal*. Madrid: Colex, 2001.
- CARMO, Luís Mota. *O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu*. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicos-Criminais), Universidade de Lisboa, 2009.
- CARRETERO PEREZ, Adolfo; CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1992.
- CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2011.
- CARVALHO FILHO, José Candido. *Concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Kátia Cilene de. *Direito administrativo sancionador e garantias particulares: da aplicabilidade das garantias penais*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Lisboa, Portugal, 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



CASERMEIRO, Pablo Rando. *La distinción entre El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In *Revista de Direito Administrativo FGV*, v. 251, n. 1., p. 61-76. São Paulo, 2009.

CAVERO, Percy García. El principio del ne bis in ídem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. In *Política criminal*, vol. 11, nº 21 Julho 2016, p. 21-33.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Tecnos, 2004.

CEREZO MIR, José. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 02, 1993.

CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “*non bis in idem*” no Direito Administrativo Sancionador. In *Direito Administrativo Sancionador: estudos me homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 3ª ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134, Abril / Jun. 1997.

COELHO, Thales Cavalcanti. Inconstitucionalidade do Instituto da Reincidência Face ao Princípio da Culpabilidade: Comentários à Decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 453.000/RS. In *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 59, p. 26-47, abr./maio 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, p. 1467-1497, ago., 2015.

- COPETTI, André. Direito penal e democracia: perspectivas para a efetivação democrática através do sistema punitivo. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jan/dez. 2006.
- CORDI, Lorenzo. O princípio do *ne bis in idem* na Europa. In *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, nº 2, p. 61-140, jul./dez. 2008.
- CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 66, 2007, p. 09-52.
- CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal. Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: problemas gerais – v.1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Curso Completo*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. In *Revista dos Tribunais*, vol. 608, 1986, p. 7-22.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. In *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*: n. 67: 1972.
- CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A Proibição de Dupla Persecução Penal*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte geral*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DA CRUZ, Flavio Antônio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2014.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios – Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e Ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). *Direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Os limites normativos da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito penal (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin)*. Disponível em [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008\\_10\\_273.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_10_273.pdf).
- D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo. 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação: incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. In *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários*. Coord. Pedro Augustin Adamy, Arthur Ferreira Neto e André Folloni. São Paulo: Malheiros, 2018.
- DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.
- DELMANTO, Celso (et al). *Código penal comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DENNYS, Debora Vasti da Silva do Bomfim. *Manual de processo administrativo disciplinar*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar – da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017.

- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editores Libreros, 1969.
- DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004.
- DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o 'direito penal dos negócios'. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (orgs.). *Direito penal econômico e da empresa*. Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ECHAGUE, Juan Manuel Álvarez. *La extinción de la acción penal tributaria*. Buenos Aires: Ah Hoc, 2018.
- ESTELLITA, Heloísa; PAULA JÚNIOR, Aldo de. Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção. In *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- FALCONÍ, Ramiro García. El Bien Jurídico y Su Recepción en el Derecho Penal Económico. In *Derecho Penal Económico, Tomo I*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
- FARIA COSTA, José de. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 81*. São Paulo. 2009, p. 36 – 47.
- FARIA COSTA, José de. *Comentário conimbricense do Código Penal*, t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La 'Administrativización' de la Coerción Estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A legitimidade da pena estatal – uma breve análise das teorias da pena*. Tradução de Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a Administrativização do Direito Penal na Sociedade do Risco. Notas sobre a Política Criminal no início do Século XXI. In *Revista Liberdades*, n. 7, maio-agosto de 2011.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENOLL, Jordi Nieva. *Coisa Julgada*. Tradução de Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, André Dias. As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância. In *Revista de Direito Brasileira*, v. 19. São Paulo: Jan./ Abril 2018.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: Parte geral: Princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa – a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral, tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções). In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, 1996, p. 54-78.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, 2001.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Labor, 1933.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- FRANÇA, Phillip Gil. Estado, separação dos poderes e a legitimidade democrática do juiz: uma leitura prática do controle judicial da discricionariedade administrativa. In *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1, p. 239-256, abr./jun. 2017.
- FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). São Paulo: Malheiros, 2019.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Tributário – Imputação objetiva do crime contra a ordem tributária*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento Administrativo Sancionador*. Tirant Lo Blach: Valencia, 1998.
- GARCIA, Emerson. A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 58, p. 29-63, jan.-fev., 2006.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In PRATS, Fermín Morales; OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico – Parte general*. Lima: Ara, 2003.

- GASTÓN, Rodrigo D. López. *Reacciones penales innecesarias en um modelo de Derecho Penal Mínimo: Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al derecho penal sancionador*. Buenos Aires: IBdeF, 2015.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1994.
- GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo*. São Paulo: Francis, 2003.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.
- GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antonio de. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. In *Revista dos Tribunais*, vol. 900, p. 385-406, out., 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na lei de improbidade administrativa – análise dos seus principais aspectos. In *Revista de Processo*, vol. 274, 2017.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Os Crimes econômicos sob a ótica do Direito penal constitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1983.
- GRECO, Luís. A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 08, 2010.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de 'política criminal e sistema-jurídico-penal' de Roxin". In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 32. São Paulo, 2000.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89-147, jul./ago., 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRIMM, Dieter. In: *Proporcionalidade na Jurisprudência Constitucional Canadense e Germânica*. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 10(34) 69-84.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal. In *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 28/1982, p. 34 – 54, Out - Dez/1982.

GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In *Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Org. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. Da tutela penal de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria. In *Ler Beccaria Hoje*. Busato, Paulo César (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Orgs.). *Direito Penal Econômico: administrativização do Direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2018.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo (Coord). *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; DE SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coords.). São Paulo: Almedina, 2016.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel.; REGO, Davi Urucu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade de risco. In *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 9, 2008.

GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. In *Revista Direito GV*, n. 4. São Paulo: FGV, jul/dez 2006.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 6, 1998.



- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. In *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito PUC/RS*, v. 9, ano VII, Porto Alegre, 1985.
- HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? In: *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 04-14, 2002.
- HOLLÄNDER, Pavel. El principio de proporcionalidad: ¿ variabilidad de su estrutura? In: PONS, Marcial. *La Teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Jan-R Sieckmann (ed.). 2011.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 01, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 01, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In *Revista de direito administrativo*, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.
- ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5 - 2003-2004, p. 91-121.
- JIMÉNEZ, Irene Nuño; SEGUIDO, Francisco Puerta. Derecho administrativo sancionador: principios de la potestade sancionadora. In *Gabilex*, n. 5., España, Mar/2016. Disponível em <https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/derecho-administrativo-sancionador-principios-de-la-potestad-sancionadora>.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III. 4ª ed. Losada: Buenos Aires, 1977.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 06, 1994.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KERN, Alexandre. *O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da Administrativização do Direito Penal ao Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador. In *Ciências Penais*, vol. 15, 2011.
- KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. In *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./fev., 2004.
- LA ROCCA, Lucas Fallet. *Es Posible Pensar el Non Bis in Idem Como una Garantia Unitaria?* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2015.
- LAZZARINI, Alvaro. Abuso de poder X Poder de polícia. In *Revista dos Tribunais*, vol. 721, 1995, p. 339-349.
- LAZZARINI, Alvaro. Poder de polícia e direitos humanos. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 07, 2001, p. 11-21.
- LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; STOCO, Isabela Maria. *A proporcionalidade no sancionamento da Lei n. 12.846 de 2013*. Artigo no prelo.
- LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015.
- LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Da Moral à Ética e às Éticas. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 90, 2015.
- LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.
- LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. In *Revista de Processo*, vol. 258/2016, p. 449 – 467, Ago / 2016.

LIPPEL, Manuella Cristina Navarro. A multa prevista pelo artigo 6º, I, da Lei Anticorrupção (12.846/2013), e a possibilidade de aplicação dos Engel Criteria. In *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 3, p. 13-32, jul.-set./ 2020.

LIMA, Eric Alexandre Lavoura. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas, 2013.

LINS, Robson Maia; PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. As multas fiscais e a sua graduação à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, vol. 1, jul.-ago., 2016.

LO MONTE, Elio. *Principio de Derecho penal tributario*. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, 2013.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014.

LUZ, Egberto Maia. *Direito Administrativo Disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, 2011.

LUZÓN-PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: IBdeF, 2016.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal, parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MACHADO, Hugo de. Teoria das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Sanções Administrativas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Maira Rocha. Crime e/ou Improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, ano 2015.

MACHADO, Marta; MACHADO, Maíra. O direito penal é capaz de conter a violência? In SILVA, Felipe; RODRIGUEZ, José (coord). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, Rodrigo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. In *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

MAMMONI, Gustavo Antonio. La Inconstitucionalidad del Solve et Repete en Materia de Multas Administrativas. In *Revista Juridica Argentina La Ley*, 2013-C, Buenos Aires: Sociedad Anonima.

MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. In *Política Criminal*, vol. 9, nº 18, Dezembro 2014.

MANES, Vittorio. As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos dos Homens. In: *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Org. D'AVILA, Fabio Roberto. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – Vol. I*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

MARQUINA, Gonzalo Castro. Derecho Penal Económico e su legitimidade en el Estado social y democrático de derecho. Buenos Aires: IBdeF, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*

. Tese de Doutorado em Direito penal, medicina forense e criminologia, Escola de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MASI, Carlo Velho. A superação do Direito Penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. In *Revista Liberdades*, n. 15, 2014, publicação do IBCCRIM.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 60, pp. 165-204, 2004.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962, t. 1.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e os seus controles. In *Revista de Direito Administrativo* (out/dez). Rio de Janeiro: 1989.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa – considerações sobre a Lei 8.429/92. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 11, 1995.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In *Seleções jurídicas da COAD*. São Paulo, nº 8, jul/1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. A dosimetria da penalidade administrativa aplicada pelo Banco Central, após a Vigência da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. In *Revista da PGBC*, vol. 14, n. 1, jun., 2020.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2010.

MONI DE OLIVEIRA, Antonio Carlos. Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 131, p. 335-363, maio, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões. In *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Orgs). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Tributos, legislação e crimes tributários no Brasil. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 120/2015, p. 251 – 286, Jan - Fev /2015.

MUÑOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios*. Murcia, España: Ed. Diego Marín, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 9ª ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Análise Quanto ao Instituto da Reincidência no Sistema Jurídico Penal Brasileiro. In *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 88-95, fev./mar. 2018.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NIETO MARTÍN, Adán; ZAPATERO, Luis Arroyo (Directores). *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. rev. Madrid: Tecnos, 2008.

NIETO GARCÍA, Alejandro. El principio “non bis in idem”. In *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 28, 1990, Iraila-Abendua.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 219. Rio de Janeiro: 2000, p. 127-151.

NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. In *Percurso*, v. 2, n. 19, 2017.

NORES, Jose I. Cafferata. La Garantía del ‘non bis in idem’ implica la misma causa de persecución? In *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1996-B, Buenos Aires.

Núñez, Ricardo C. La garantía del non bis in idem em el Código de Procesamiento Penal de Córdoba. In *Revista de Derecho Procesal*, año IV, 4º trimestre, 1946.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v. 4. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Composição e Edição Coimbra – Editora Ltda., 2003.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUNES, Filipe Maia Broeto. A necessidade da individualização das condutas nas ações de improbidade administrativa como garantia constitucional do demandado: uma análise interdisciplinar entre direito penal, direito processual penal e direito administrativo sancionador. In *Revista dos Tribunais*, vol. 2012, p. 21-37, fev. 2020.
- OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. In *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, 2018.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In *Revista Interesse Público*, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do código penal por violação ao princípio *ne bis in idem*. In *Revista Quaestio Iuris*, vol.05, nº01, p. 69-100.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORSI, Omar Gabriel. *Los limites del legislador penal: Discurso penal y programa constitucional*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en la Derecho Internacional*. Tese de Doutorado apresentada na Universidad Austral, Buenos Aires, 2008.

PALERMO, Fernanda Kellner De Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 321-337, jan./mar. 2002.

PASCHOAL, Luana. *O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASTOR, Daniel R. Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*? In *La Cultura Penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem*. Barcelona, Editora Tirant lo blanch, 2002.

PETIT, Guillermo Benlloch. La eficacia de las sanciones penales y administrativas en la lucha contra la siniestralidad viaria. In *Revista Jurídica Argetina La Ley*, 2005, Buenos Aires.

PORTO, Sérgio Gilberto.; MATTE, Maurício. *Ne bis in idem: eficácia negativa da decisão independente de coisa julgada*. In *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jul/set. 2011.

POZO SILVA, Nelson. *Pena punitiva y sanción administrativa: Límites constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2017.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 07, n. 01, 1997, Coimbra.



PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Stela. A quebra do paradigma cartesiano e o papel do estado democrático de direito em face das incertezas produzidas pela sociedade de risco. In *Revista de Direito Privado*, v. 47, 2011.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004.

PUERARI, Adriano Farias. O direito de mera ordenação social português como rumo de criação de um espaço próprio ao direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. Proporcionalidad, derechos fundamentales y lei penal. In *El principio de proporcionalidad penal*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M. (Eds.) Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUERALT, Joan J. “Ne bis in idem”: significados constitucionales. In *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio: non bis in idem*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2004.

RAFFO, Juan Pablo Mañalich. El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, p. 139-169, nº 15, Año 2011.

RAFFO, Juan Pablo Mañalich. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

RAMOS, Vania Costa. *Ne Bis in Idem e Uniao Europeia*. Coimbra Ed.: Coimbra, 2009.

RANDO, Pablo Casermeiro. *La distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

RANDO, Pablo Casermeiro. *The Law and order approach to criminal law in the administrative sanctioning system*. Eletronic Review of the International Association of

Penal Law. 04. 1-17. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267336067\\_The\\_law\\_and\\_order\\_approach\\_to\\_criminal\\_law\\_in\\_the\\_administrative\\_sanctioning\\_system/link/544d04a50cf2d6347f45c0e1/download](https://www.researchgate.net/publication/267336067_The_law_and_order_approach_to_criminal_law_in_the_administrative_sanctioning_system/link/544d04a50cf2d6347f45c0e1/download).

RANGEL, Paulo. *A Coisa Julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia*. Editora Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. O Garantismo penal e o aditamento da denúncia. In *Revista de Estudos Criminais* n. 04, p. 56 e ss. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2004\\_55.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_55.pdf).

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: *bis in idem*. In *Ciências Penais*, vol. 5, dez./2006, p. 131 – 143.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 07. São Paulo, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luis Regis (Coord). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

RIVA, Carlo Ruga. *Diritto Penale dell' Ambiente*. Torino: Giappichelli Editore, 2011.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. (A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e Consequências. In *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: ?Hacia una administrativización del Derecho penal o una penalización del Derecho administrativo sancionador. In NIETO MARTÍN, Adán (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, vol. 1, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- ROSALES, Gabriel Aguillon. *El derecho penal administrativo y su eficacia en la funcion de seguridad publica en el Estado de Coahuila*. Tese de mestrado apresentada em Universidad Autonoma de Nuevo Leon – Facultad de Derecho y Criminologia, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007.
- ROXIN, Claus. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad. In *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981.
- RUBINSKA, Ramiro R. e ALMENAR, Daniel Schurjin (Coords.). *Derecho Penal Económico – Tomo I*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- RUBINSKA, Ramiro R. e ALMENAR, Daniel Schurjin (Coords.). *Derecho Penal Económico – Tomo II*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- RUDSTEIN, David S. *Civil Penalties and Multiple Punishment under the Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions*, Law Review, Oklahoma: 1993.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SALINAS, Henrique. *Os Limites Objectivos do Ne Bis in Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 85, 2010.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal: un retorno a los principios*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. In *Revista Ajuris*, v. 32, n. 98, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2008.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalmas, 1995.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 33/2001, p. 67 – 100, Jan - Mar / 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico – Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidade en el Derecho penal preventivo. In *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en um estado de derecho liberal. In *Límites ao Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 1ª ed., Barcelona: Atelier, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In *Revista dos Tribunais*, v. 798, Abr/2002.

SILVA, Rita Canas da. A europeização do Direito Constitucional Português: o *ne bis in idem* em matéria criminal. In *Revista de Direito Público*, ano III, Lisboa, 2011.

SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1970.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVEIRA, Artur Barbosa da; BUENO, Isadora Carvalho. A tipificação material dos crimes contra a ordem tributária: uma necessária revisão da súmula vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal ante a sua mitigação nos casos concretos. In *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, vol. 23: 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos

na defesa da concorrência. In *Revista da Defesa da Concorrência (CADE)*, vol. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. In *Revista dos Tribunais*, vol. 947, São Paulo: 2014.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Forense, 1989.

SPINKA, Roberto Emilio. *Derecho penal tributario y previsional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 50, p. 57 – 90, set. – out., 2004.

SPOTA, Alberto G. El Derecho Penal Administrativo. In *Revista Juridica Argentina La Ley*, 1942, Buenos Aires, p. 898.

STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)*. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In *Revista Ajuris*. Ano XXXII, n. 97, mar/2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUAY RINCÓN, Jose. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APN 470/MG do STF (caso Mensalão). In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, 2014, p. 13-44.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOGNETTI, Eduardo. *Sanções Administrativas Aplicadas pelo Banco Central do Brasil*. São Paulo: KDP, 2017.

TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador – Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008.

TORRES, Agostinho S. O princípio *ne bis in idem*: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Européia. In *Julgar: Edição da Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, Coimbra, 2011.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/as-circunstancias-legais-e-a-aplicacao-centrifuga-da-pena>.

TOSI, Gabriel S. A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. In *Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP*. Luciano Feldens, Heloísa Estellita e Alexandre Wunderlich (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. *Non bis in idem e as sanções administrativas, por improbidade e penal*. In *Revista Trimestral de Direito Público: RTDP*, Belo Horizonte, n. 61, p. 161-186, abr./jun. 2015.

VANELLA, Carolina A. *La Prohibición de la Persecución Penal Múltiple en los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Errepar, 2016.

VERVAELE, John A.E. *Ne Bis in Idem: um principio costituzionale transnazionale in UE?* Tradução de A. Boldrini. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano 57, 2014, Parma.

VERZOLA, Antonio Carlos. Dos marcos legais impostos ao exercício do direito de punir por parte da administração pública. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 32, 2006, p. 85.

VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba: Juruá, 1993.

VILELA, Augusto Tarradt. A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em processo administrativo fiscal no processo penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 142, p. 111-131, abr., 2018.

VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Vol. I. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 12ª ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987.

YACOBUCCI, Guillermo. *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: IBdeF, 2017.

YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.

YACOBUCCI, Guillermo. *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado democrático de direito. In BANDEIRO DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 619-632.

ZARDO, Francisco. Reflexões sobre a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In *Temas de Direito Sancionador*. DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional. In *Revista brasileira de direito eleitoral*, n. 9, 1996.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional*, v. 2, 2010.