

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

WILDSON DE ALMEIDA OLIVEIRA SOUSA

**PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DO ESTADO:
DISCUSSÃO DO PRINCÍPIO *BIS IN IDEM* PELA INTERFACE
COM O DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO PENAL**

Brasília - DF

2020

WILDSON DE ALMEIDA OLIVEIRA SOUSA

**PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DO ESTADO:
DISCUSSÃO DO PRINCÍPIO *BIS IN IDEM* PELA INTERFACE
COM O DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Rafael Silveira e Silva.

Brasília- DF

2020

WILDSON DE ALMEIDA OLIVEIRA SOUSA

**PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DO ESTADO: DISCUSSÃO DO
PRINCÍPIO *BIS IN IDEM* PELA INTERFACE COM O DIREITO ADMINISTRATIVO
E O DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Rafael Silveira e Silva.

Aprovada em: 25/11/2020

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

Prof. Dr. Fernando Hugo Rabello Miranda

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

Dedico o presente trabalho acadêmico a Deus,
minha esposa Erika e aos meus filhos Miguel
e Alice.

RESUMO

SOUSA, Wildson De Almeida Oliveira. **Poder Administrativo Sancionador do Estado**: discussão do princípio *bis in idem* pela interface com o Direito Administrativo e o Direito Penal. Dissertação de Mestrado. Instituto de Direito Público. Brasília- DF, 2020.

O objetivo geral dessa pesquisa é avaliar as garantias constitucionais das partes envolvidas na frequente multiplicidade de regulação punitiva estatal pelos mesmos fatos, com a consequente imposição, simultânea ou concomitante, de sanções de natureza penal, cível e administrativa, que são aplicadas pelos agentes públicos, nas diversas searas de julgamento. A partir desse contexto estrutura-se a interface com o princípio constitucional do *ne bis idem*, a partir da seguinte questão: A utilização concomitante das diversas formas de manifestação do poder punitivo estatal colide com as garantias constitucionais em especial com o princípio do *bis in idem*? Para responder esse problema utiliza-se a pesquisa bibliográfica fundamentada modelo metodológico quadripolar -morfológico, epistemológico, teórico e técnico. Os resultados preliminares indicam que ocorre uma colisão entre o princípio *bis in idem* com o poder punitivo estatal, sugerindo sanções simultâneas agregadas ao contexto da organização dos poderes no panorama brasileiro.

Palavras-chave: Sanção. *Bis in idem*. Estatal. Poderes.

ABSTRACT

SOUSA, Wildson De Almeida Oliveira. **Poder Administrativo Sancionador do Estado**: discussão do princípio bis in idem pela interface com o Direito Administrativo e o Direito Penal. Dissertação de Mestrado. Instituto de Direito Público. Brasília- DF, 2020.

The general objective of this research is to evaluate the constitutional guarantees of the parties involved in the frequent multiplicity of state punitive regulation for the same facts, with the consequent imposition, simultaneous or reliminare, of penal, civil and administrative sanctions, which are applied by public 6relimi, in the 6relimina fields of judgment. From this context, the interface with the constitutional principle of ne bis idem is structured, based on the following question: Does th6reliminar6ent use of the various forms of manifestation of state punitive power conflict with constitutional guarantees in particular with the principle of bis in idem? To answer this problem, bibliographic research based on a quadripolar-morphological, epistemological, theoretical and technical methodological model is used. Th6reliminarry results indicate that there is a collision between the bis in idem principle and the sta'e's punitive power, suggesting simultaneous sanctions added to the context of the organization of powers in the Brazilian panorama.

Keywords: Sanction. Bis in idem. state-owned. Powers.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 2 |
| Capítulo 1 – DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O REGIME JURÍDICO DISTINTO DAS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DO <i>JUS PUNIENDI</i> ESTATAL..... | 11 |
| 1.1 O interesse público e o regime jurídico administrativo | 14 |
| 1.1.1 O Interesse público primário e secundário | 16 |
| 1.1.2 Princípios que vão além do interesse público | 17 |
| 1.2 A especialização do Direito Administrativo Sancionador | 17 |
| 1.2.1 A sanção administrativa..... | 19 |
| 1.2.1.1 Ilícito civil e a sanção administrativa | 20 |
| 1.2.1.2 Ilícito penal e a sanção administrativa..... | 20 |
| 1.2.3 Conceito e limites da sanção administrativa | 21 |
| 1.3 Aplicação do princípio da independência dos poderes na tramitação de processos cíveis, administrativos e penais ensejando a multiplicidade de condenações confrontantes | 23 |
| 1.3.1 O princípio da independência dos poderes e a necessária evolução hermenêutica | 24 |
| 1.3.2 A separação dos poderes – do surgimento ao princípio constitucional brasileiro | 25 |
| 1.3.3 A aplicação do princípio da separação dos poderes e a contradição das instâncias..... | 33 |
| 1.3.3.1 O <i>ne bis idem</i> como limite ao poder sancionador | 34 |
| 1.4 Relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo e as hipóteses de conexão entre as esferas de julgamento | 37 |
| 1.4.1 Distinções de caráter formal | 39 |
| 1.4.2 Distinções de caráter material..... | 40 |
| 1.4.3 A tramitação de processos concomitantes sobre o mesmo fato..... | 42 |
| 1.4.4 Distinção entre fato e fundamento | |
| Capítulo 2 – A MULTIPLICIDADE DE MANIFESTAÇÕES DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A COLISÃO COM O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IDEM</i> | 49 |
| 2.1 Origem e manifestações históricas do princípio <i>ne bis idem</i> | 49 |
| 2.2 Limites para aplicação do Princípio do <i>ne bis idem</i> | 53 |
| 2.2.1 Fundamento do <i>Ne bis idem</i> | 55 |

| | |
|--|------------|
| 2.3 Pressupostos de aplicação do princípio do <i>ne bis idem</i> nas sanções administrativas e sanções penais | 63 |
| 2.4 Aplicação do princípio do <i>ne bis idem</i> nas decisões dos tribunais superiores | 67 |
| 2.4.1 Aplicação da jurisprudência sob a ótica do Direito Penal pelos tribunais superiores | 68 |
| 2.4.2 Da aplicação do princípio do <i>ne bis idem</i> e a independência das instâncias na tramitação dos processos administrativos, cíveis e penais..... | 72 |
| CAPÍTULO 3 – <i>NE BIS IDEM</i> NO DIREITO EUROPEU E SUA INFLUÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO..... | 75 |
| 3.1 O sistema jurídico penal na União Europeia | 75 |
| 3.2 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia | 80 |
| 3.3 O <i>ne bis in idem</i> como direito fundamental na Europa..... | 82 |
| 3.3.1 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Protocolo nº 7 | 87 |
| 3.3.2 A Convenção Schengen | 90 |
| 3.4 Primazia do Direito Penal Europeu na aplicação <i>do ne bis in idem</i> | 92 |
| 3.5 Primazia do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro..... | 99 |
| CONCLUSÃO..... | 106 |
| REFERÊNCIAS..... | 111 |

INTRODUÇÃO

O estado brasileiro ao longo da sua organização política e através da promulgação de suas constituições imprimiu, gradativamente, funções a cada esfera de poder com atribuições clássicas e inéditas de acordo com a conjuntura histórica do País. Legislativo, Executivo e Judiciário, do período regencial à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, expressaram respectivas funções, típicas e atípicas, incluindo nessa seara o poder de sancionar.

O modelo de organização dos poderes fundamentado na independência e harmonia e, seus devidos predicados, parece perfeito até sua efetiva aplicação, ante a existência de conflitos com princípios que emanam da Lei Maior. A partir desse contexto, é possível pontuar nuances controversas relacionadas à teoria da autonomia e independência dos poderes e a legalidade que orienta a sanção em cada uma das fronteiras do Legislativo, Executivo e Judiciário.

A atividade e atribuição de cada órgão de poder impõe a ideia da repartição de poderes entre eles, de sorte que possa cada órgão, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções e cumpram sua finalidade. Ocorre que, mesmo com a descrição das funções de cada poder, com fito de impedir abusos, desrespeito aos princípios constitucionais e a própria garantia resguardada na Constituição, não há como impedir essa colisão com as decisões emanadas por estes órgãos.

A doutrina constitucional da separação de Poderes, busca evitar a concentração e o exercício despótico do poder. Isso, porque as consequências da concentração do poder são danosas à coletividade. O princípio da separação de Poderes consiste em uma das mais importantes garantias individuais e coletivas emanadas da nossa Carta Magna. Nos dias atuais, a sua aplicação limita práticas arbitrárias, daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder.

Essa garantia e independência dos Poderes, entretanto, não pode ser justificativa para o enfraquecimento de princípios constitucionais, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais,

da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros, mas especialmente, o princípio do *ne bis idem*, a partir do momento que se tem decisões confrontantes, sob a justificativa de independência das instâncias.

Essa colisão entre as manifestações do Direito Sancionador, que ferem os princípios constitucionais, trazem à discussão a autonomia e independências das instâncias e seus limites. E, nesse contexto, exsurge a teoria do Poder Administrativo Sancionador na sua efetiva aplicação. Ora submetendo a um processo analítico, pela perspectiva da utilização das punições nas diversas esferas de condenação, ora confrontando se as possíveis punições exaradas ferem os princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

A preocupação deste estudo, é, pois, com a eficácia das garantias de defesa conferidas aos acusados em geral, e não apenas com os réus em processo penal formal, mas também com o choque de manifestações oriundos do processo administrativo, que por vezes tramitam com base no mesmo fato, só que com limitações de defesa ante as severas penas que podem ser aplicadas.

Propõe-se, assim, a partir da presente pesquisa, a investigação do alcance da separação dos poderes competentes para julgar, o limite e aplicação do princípio do *ne bis idem* dentro das searas administrativas e penais com o objetivo de impedir decisões que versem sobre o mesmo fato, para assim poder responder ao questionamento: a tramitação de processos nas instâncias penais e administrativas sobre o mesmo fato colide com as garantias constitucionais em especial com o princípio do *bis in idem*?

O tema questionado indica como objeto do estudo, a impossibilidade de acumulação das sanções penais e sanções administrativas pelo mesmo fato e fundamento, tendo em vista a proibição de reiteração do poder punitivo estatal, garantindo a proteção aos princípios constitucionais em especial o *ne bis idem*, que vem a colidir com a autorização de impor sanções independentes.

O objetivo geral do estudo é avaliar as garantias constitucionais das partes envolvidas na frequente multiplicidade de regulação punitiva estatal pelos mesmos fatos, com a consequente imposição, simultânea ou concomitante, de sanções de natureza penal, cível e administrativa, que são aplicadas pelos agentes públicos, nas diversas searas de julgamento.

Para alcançar o objetivo geral, será contextualizada a existência de conflitos ou divergências graves entre decisões sobre o mesmo fato jurídico. Dentro desse objetivo

geral, não se pretende negar a previsão legal, hoje existente, mas sim a tutela aplicada de forma indiscriminada.

Ao considerar o proposto aqui, é possível observar que as garantias de defesa do acusado, nem sempre encontram-se, plenamente, preservadas. O ato de ser acusado mais de uma vez pelo mesmo fato acaba gerando, por vias transversas, não só a violação de princípios constitucionais, como o princípio do devido processo legal, mas também de um dos pilares do estudo proposto: o princípio do *ne bis idem*. Imputa-se ao acusado a ausência de garantias de um processo sancionador ao submetê-lo a um processo em detrimento de outros já existentes, havendo concomitante a isso, sanções com ritos e tramitações completamente divergentes.

As considerações acima propostas trazem objetivamente ao estudo a busca da construção de um sistema coerente que possa se ancorar nos princípios, sobretudo os constitucionais aplicáveis ao tema. A análise das violações pela imposição cumulativa de sanções penais e sanções administrativas, passará pelas decisões judiciais que serão expostas durante todo o trabalho.

No capítulo inicial, o tema desenvolvido está delineado na valoração das garantias constitucionais para devida aplicação das sanções restritivas de direitos fundamentais, como bem colocado na teoria da separação dos poderes. Nessa, encontram-se ressalvas as funções estatais tão somente pela natureza do órgão que exerce, como, por exemplo, a imposição de medida punitiva pela Administração Pública, no exercício de sua atividade sancionadora, e também de medida punitiva pelo Poder Judiciário, em absoluta desconsideração a outras manifestações. De outra parte, não poderia deixar de tratar das convergências e divergências entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador.

Em todos esses espaços e caminhos institucionais, o ordenamento jurídico possui fronteiras muito tênues entre os ramos do Direito Sancionador, em especial com o Direito Penal, e seu caráter punitivo. Então, baseado na atual conjuntura de autorização legislativa de tramitação de processos independentes, manifestações sancionadoras divergentes, e não obstante a enorme diversidade no trato e disciplina dos direitos e princípios fundamentais, torna-se precioso entender sua aplicação e limitação.

O fato é que a colisão entre decisões de órgãos independentes de outros poderes oriundas da mesma situação em desfavor do acusado traz insegurança ao jurisdicionado, que percebe que alguns princípios fundamentais deixam de ser resguardados pelo Estado sancionador. É cediço que, se cada função estatal (a

legislativa, a executiva e a judiciária) fosse confiada, exclusivamente, aos órgãos correspondentes (ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, respectivamente), sem a possibilidade de nenhuma participação secundária de qualquer órgão, na função típica ou principal de outro, haveria, sem dúvida, a indesejada separação absoluta ou rígida de funções, que implicaria em “isolamento” entre estas e a ausência de colaboração, e ainda daquelas limitações recíprocas ou freios e contrapesos “tão necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade” .

Ocorre que, não se busca uma doutrina separacionista, que pregue uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, por certo não atingirá a plenitude de seus fins, mas que haja sintonia entre os julgados e em alguns momentos a primazia de algumas decisões.

Logo, esse estudo não pode deixar de analisar as sanções administrativas, matéria a ser delineada no primeiro capítulo. Isso, porque a percepção construída, a partir da descrição do conceito de sanção, dando aos atos praticados no exercício da função administrativa um regime próprio sancionador é necessária. Ainda que possuam materialmente o mesmo fato, poderão ser julgados por searas distintas, quais sejam a judicial e administrativa,. Entretanto, não podem tramitar dissociados dos princípios constitucionais e das discussões do Direito Penal, mesmo que de forma subsidiária e fragmentária.

Dessa forma, é abordada a visão do réu, com a percepção de que não haverá um fim próximo ao se observar o conjunto de reiteradas possibilidades de punição pelo mesmo fato nas diversas instâncias de processamento (cível, penal e administrativa), causando a sensação de insegurança e que por vezes se chocam com as garantias constitucionais do acusado. Mesmo ciente que poderão ocorrer condenações não aplicadas pelo Poder Judiciário, é sugerido que toda sanção condenatória, incluindo as sanções administrativas, devem apresentar adequação, razoabilidade e proporcionalidade compatível com a reprovabilidade do comportamento, típico e antijurídico e/ou de seus efeitos, quando for o caso. O que nem sempre ocorre, haja vista, a multiplicidade de julgadores dispostos e disponíveis a se manifestar sobre o mesmo tema.

A par das considerações pontuadas, onde se tem a possibilidade real de ser processado e julgado na esfera administrativa e judicial, observa-se que o aprofundamento teórico-analítico das situações acima descortinadas são essenciais para uma nova leitura da teoria da autonomia e independência das instâncias no ordenamento

jurídico brasileiro, sob as perspectivas dos institutos do Regime Constitucional Sancionador. Some-se a isso, a luz da teoria da unidade do poder punitivo estatal, de modo que, ao se enfrentar as problemáticas decorrentes da insuficiência de tratamento dada pelo conceito e aplicação da independência das instâncias, poder-se-á formatar soluções e acautelamentos com prejuízos nos direitos fundamentais, os quais trarão limites à reiteração punitiva estatal e a proteção efetiva ao Estado Democrático de Direito.

De toda sorte, torna-se necessário perceber algumas tendências gerais da doutrina e da jurisprudência. Ambos interpretam e aplicam modelos de condutas normativas que, por vezes, não são obedecidas. O Estado, invariavelmente, faz valer seus comandos normativos através de distintas ferramentas jurídicas, comandos esses que não podem ser dissociados da realidade jurídica.

Assim, essa “insegurança” acerca da aplicação das normas legais, impõe responsabilidades na aplicação de toda a parte principiológica, não podendo simplesmente ser esquecida para imputar ao réu as penas com base na independência das instâncias.

A autonomia e independência das instâncias, sob a perspectiva dos princípios fundamentais e do Estado Democrático de Direito, como mecanismo de enfrentamento e correção das complexas problemáticas decorrentes de condutas indevidas perpetradas pelos indivíduos, já não se mostram mais suficientes em solucionar tais situações.

Essa suposta lógica de autorizar a competência do Direito Administrativo Sancionador a outros setores estatais desde que reconhecida no universo do Direito Administrativo, como por exemplo processos condenatórios oriundos das Organizações Não Governamentais, Sociedades Cíveis de Interesse Público, Fundações, entre outros organismos, por vezes sem obedecer ao regramento previsto na tramitação de um processo com todas as garantias ao acusado, e as vezes sem obedecer a independência dos poderes, deve ser enxergado e analisado, pormenorizadamente, para assim evitar exageros.

Ora, a aplicação das normas de Direito Administrativo Sancionador exigem um processo judicial ou administrativo, e em qualquer caso, sempre se revela o necessário respeito aos princípios fundamentais, buscando assegurar aos acusados em geral os princípios e regramentos inerentes a todo e qualquer processo punitivo, independentemente de ser judicial ou não. É assente que a teoria do poder punitivo evoluiu ao ponto de ser fundamento para a aplicação do princípio da vedação ao *bis in*

idem na relação entre as esferas penal, cível e administrativa, por rejeitar a reiteração de punição pelos mesmos fatos e fundamentos.

A existência de diversas situações de colisão do princípio do *ne bis idem*, com a multiplicidade de decisões, não pode servir ao réu como precedente prejudicial, e nem autorizar simplesmente sob a égide da independência dos poderes, justificativa para que os processos administrativos sejam objeto de perseguições e arbítrio, sob pena de enfraquecimento e descrédito do próprio Estado.

Nesse contexto, além da confrontação das decisões judiciais, existem outros cenários que são levados pela independência das instâncias punitivas. Por autorizar que os órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado, legitima a reiteração punitiva ao permitir que o acusado seja processado e/ou sancionado nas instâncias penal e administrativa geral, ou, ainda, em outras esferas, pelos mesmos fatos e fundamentos, o que claramente atinge o *ne bis in idem* e, materialmente, o Estado de Direito.¹

Ou seja, essa sistemática submete as pessoas a reiteradas punições administrativas pelos mesmos ilícitos, em decorrência da competência punitiva que é reconhecida a todos os entes federados sobre determinadas matérias, uma vez que a grande parte da doutrina majoritária defende que os entes federados detêm competência para expedir leis (ou mesmo regulamentos) que imponham sanções punitivas em razão da competência material comum prevista no art. 23 da Lei Maior de 1988 e das competências legislativas, concorrente ou suplementar, estabelecidas em seus artigos 24 e 30, inc. II². Fato este que pode vir a trazer a tão buscada segurança jurídica.

Assim, seguindo tal linha de pensamento no decorrer do segundo capítulo, busca-se alcançar preceitos básicos que não devem ser afastados, principalmente na interdependência e comunicabilidade das instâncias punitivas sob o viés da vedação ao *bis in idem*, a ponto de se impor limites a tais procedimentos para julgamento do mesmo fato, o que pode ser efetivado sob o pálio da jurisdição constitucional de garantia dos direitos fundamentais.

A vedação de *bis in idem* apresenta-se como decorrência lógica do reconhecimento de que as diversas sanções, seja no âmbito cível, penal e administrativo geral, as quais integram o poder punitivo, carecem de critérios materiais que justifiquem

¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

² MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Infrações administrativas ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei n. 3.467/00. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, v. 9, p. 339-265, jan./jul. 2002.

a autonomia, entre si, destas e de outras formas de repressão estatal, notadamente quando se verifica a imposição de punições simultâneas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamentos, ainda que por autoridades diversas³.

Inclusive, ainda admitir, quase que de forma absoluta, que as instâncias punitivas são autônomas e independentes, não se mostra consentâneo com o constitucionalismo atual de um Estado Democrático de Direito, onde o Estado de Direito tem sua formação a partir de critérios materialmente estabelecidos à luz dos direitos fundamentais.

Pode-se dissertar que tal princípio firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder. Sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual esse princípio foi concebido.

Cabe ainda tecer considerações sobre o capítulo terceiro, que versa especificamente, sobre a possibilidade de unidade do *ius puniendi*, termo inclusive estudado no primeiro capítulo. A partir dessa individualização e pressupostos, será possível examinar a sanção penal e administrativa sobre os mesmos fatos.

A discussão proposta neste capítulo, leva em consideração o já posto nos anteriores, ao versar sobre independência das instâncias, o choque de princípios fundamentais ao existir diversos processos com mesmo fato e fundamento, e agora mais uma: o comparativo com a legislação estrangeira em especial a doutrina espanhola, bem como a jurisprudência citada, aqui delimitada aos sítios dos Tribunais Superiores.

Assim, essa pesquisa promove uma discussão a partir da análise sobre a teoria da autonomia e independência das instâncias punitivas, no sentido de que a reiteração sancionadora é o seu corolário básico e a interdependência e comunicabilidade das instâncias, além de ser exceção, somente ocorre quando houver expressa previsão legal do Poder Legislativo, sob pena de ferir direitos constitucionais garantidos na Carta Magna.

Para o desenvolvimento deste estudo opta-se por uma abordagem crítica e qualitativa, utilizando-se a pesquisa bibliográfica. O desenho dessa pesquisa levará em

³ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

consonância o modelo metodológico quadripolar, de Bruyne, Herman e Schoutheete⁴, destacando sua importância em pesquisas no âmbito qualitativo. Tal modelo metodológico estrutura o movimento da prática de pesquisa nas ciências sociais em quatro polos — morfológico, epistemológico, teórico e técnico:

Toda pesquisa engaja, explícita ou implicitamente, estas diversas instâncias; cada uma delas é condicionada pela presença das outras e esses quatro polos definem um campo metodológico que assegura a cientificidade das práticas de pesquisa⁵.

A tabela a seguir observa o desenho metodológico a ser seguido nessa pesquisa fundamentado nos quatro polos metodológicos da prática científica.

Tabela 1. Os quatro polos metodológicos da prática científica.

| Polos metodológicos | Descrição |
|---------------------|---|
| Polo teórico | <p>Guia a elaboração das hipóteses e a construção dos conceitos. É o lugar da formulação sistemática dos objetos científicos. Propõe regras de interpretação dos fatos, de especificação e de definição das soluções provisoriamente dadas às problemáticas. É o lugar de elaboração das linguagens científicas, determina o movimento da conceitualização.</p> <p>No caso em estudo é possível trazer os diferentes conceitos e aplicações das diversas sanções emanadas do Estado, bem como atribuir a tais condenações possível concordância com a letra constitucional.</p> |
| Polo epistemológico | <p>Exerce uma função de vigilância crítica. Ao longo de toda a pesquisa ele é a garantia da objetivação – isto é, da produção – do conhecimento científico, da explicitação das problemáticas da pesquisa. Decide, em última instância, das regras de produção e de explicação dos fatos, da compreensão e da validade das teorias. Explicita as regras de transformação do objeto científico, critica seus fundamentos.</p> <p>Dentro da análise a ser realizada será possível atribuir uma opinião crítica sobre decisões dos Tribunais Superiores, que ao se submeterem a princípios constitucionais fundamentais, permitem julgamentos simultâneos sobre o mesmo fato por órgãos distintos.</p> |
| Polo morfológico | <p>Enuncia as regras de estruturação, de formação do objeto científico, impondo-lhe certa ordem entre seus elementos.</p> |

⁴ BRUYNE, P., HERMAN, J.SCHOUTHEETE, M. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

⁵ BRUYNE, P., HERMAN, J.SCHOUTHEETE, M. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 35.

| | |
|--------------|--|
| | <p>Permite colocar um espaço de causação em rede onde se constroem os objetos científicos, seja como modelos/cópias, seja como simulacros de problemáticas reais.</p> <p>Atribuir excesso de órgãos julgadores permite trazer ao trabalho a possibilidade de buscar saídas capazes de proteger a ordem constitucional.</p> |
| Polo técnico | <p>Controla a coleta dos dados, esforça-se por constatá-los para poder confrontá-los com a teoria que os suscitou. Exige precisão na constatação mas, sozinho, não garante a sua exatidão. Tem em sua vizinhança modos de investigação particulares: estudos de caso, estudos comparativos, experimentações, simulação. Esses modos de investigação indicam escolhas práticas pelas quais os pesquisadores optam por um tipo particular de encontro com os fatos empíricos.</p> <p>A presença de diversos julgados recentes sobre o tema aqui disposto, bem como direito comparado espanhol torna possível propor uma solução dentro do questionamento proposto.</p> |

Fonte: Adaptado de Bruyne, Herman e Schoutheete⁶

Deve-se dizer, ainda, que não obstante a referência à doutrina atual, foram trazidas manifestações jurisprudenciais, sobre todos os temas aqui descritos, vinculando-se, também, o tema, desde o início, ao Direito positivo. Ainda dentro do estudo apresentando, utiliza-se o Direito Espanhol como referência, buscando, assim, contribuir para uma análise comparada do tema. Emprega-se como fonte de obtenção de dados a literatura correlata ao tema apresentando uma discussão no âmbito do Direito Constitucional (preceitos e princípios), e os institutos sancionadores do Direito Administrativo em interface com as dimensões sancionadoras do Estado. A partir da apresentação da doutrina, em relevo, debate-se sobre o princípio *bis in idem* e sua relação com o ordenamento jurídico pátrio em perspectiva com o poder administrativo sancionador do Estado. Em última perspectiva, discute-se decisões dos tribunais judiciais e administrativos.

Por meio desta pesquisa, espera-se, por fim, contribuir com a formulação de aportes reflexivos voltados à atuação repressiva do Estado, buscando uma equidade das decisões emanadas do Poder Sancionador, protegendo ao final as garantias

⁶ BRUYNE, P., HERMAN, J.SCHOUTHEETE, M. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 35-36.

constitucionais do devido processo legal e do *ne bis idem*, também chamado de *non bis in idem*.

Capítulo 1

DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O REGIME JURÍDICO DISTINTO DAS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL

A formação do conceito de Direito Administrativo é voltada para o interesse público, seja para sua proteção ou efetiva aplicação, razão essa que possibilita a limitação dos atos do gestor. Essa primeira delimitação é fundamental e diz respeito ao alcance, formal e material, do Direito Administrativo, e, especialmente, do Direito Administrativo Sancionador.

O conceito de Direito Administrativo é intrinsecamente relacionado com a finalidade impessoal, alheia aos interesses pessoais do agente ou órgão que a exercita. Nesse sentido, assere Lima que:

[...] forma-se o Direito Administrativo do acúmulo de regras sobre o princípio de utilidade pública. Logo, porém, é suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que já sobre ele se amontoam, relativas ao Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização. [...] A utilidade pública é a finalidade própria da administração pública, e a noção de administração, em si mesma, se opõe à ideia de propriedade, indicando a atividade do que não é senhor absoluto.⁷

⁷ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 16-17 e 20-21.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, conceitua o Direito Administrativo como “[...] o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, e os órgãos que a desempenham”⁸.

A inserção do conceito do Direito Administrativo é, aqui, oportuna, em razão da necessidade de trazer limites à presença da Administração Pública nas relações jurídicas, na atividade administrativa e na previsão da aplicação das normas administrativas.

Sobre a aplicação do Direito Administrativo, Alexandre de Moraes esclarece:

O Direito Administrativo, no Brasil, tem como objeto o estudo do estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, bem como de toda a estruturação de suas atividades e serviços públicos, e a análise dos procedimentos tendentes ao cumprimento das tarefas do Poder Público.⁹

As limitações impostas ao Direito Administrativo estão intimamente conectadas com o Direito Administrativo Sancionador. Esse ramo especial do Direito vem passando por inúmeras mudanças que exigem a sua adequação ao texto constitucional, principalmente no que tange ao regime jurídico aplicado às manifestações do Estado sancionador. Em razão de tais alterações, a aplicação e interpretação de todo ordenamento devem passar, necessariamente, pela letra constitucional.

Essa necessidade de buscar a aplicação do Direito Administrativo em estrita obediência ao texto constitucional, traz a concepção, adotada por alguns doutrinadores no Brasil, de um único *jus puniendi*, ou seja, devem as sanções incidir em um mesmo regime jurídico.

Este poder/dever de punir do Estado é necessário para coibir seus cidadãos de violarem uma determinada norma. É o Estado Sancionador quem deve punir pelo descumprimento da norma, obedecendo, por conseguinte, o regime jurídico determinado, bem como as garantias constitucionais expostas.

Jus puniendi, do latim *jus* = direto e *puniendi* = punição, é o direito do Estado de punir, neste caso representado pelo Poder Administrativo Sancionador. Trata-se, dessa forma, do direito do Estado de aplicar as penas previstas na legislação vigente, a exemplo do Código Penal Brasileiro, que estabelece as penas em face de quem praticou ação ou omissão, causando dano ou lesão a outrem. O Estado é vítima da infração legal,

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

sendo sujeito passivo geral, daí a necessidade de manifestação para punir e prevenir novos prejuízos.

Para Fernando Capez:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus persecuendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.¹⁰

Sendo assim, esse poder soberano, conferido ao Estado, se manifesta no seu direito de punir por meio do *ius Puniendi*: “o direito de punir. O direito próprio do Estado.” Essa manifestação estatal deve ocorrer, entretanto, dentro dos parâmetros legais e constitucionais.¹¹

Para Rafael Munhoz de Mello, o princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal, seja ele exercido pela Administração Pública (sanções administrativas retributivas), seja ele exercido pelo Poder Judiciário (sanções Penais).¹²

Não será adotada a higidez de um único *jus puniendi*, haja vista a necessidade de se reconhecer as garantias na aplicação do Direito Administrativo e Penal, bem como proteger suas nuances, delimitações e aplicações da letra da lei, fato este que, por si só, demonstra que não é possível admitir um único regime jurídico para todas as manifestações do Estado.

Nessa linha, a visão aqui apregoada, aproxima-se da ideia de que regime jurídico adotado deva ser capaz de proteger as partes e o próprio Estado sancionador, somente sendo possível se esse regime decorrer de fundamentos constitucionais, e a devida utilização dos princípios.

Os princípios exercem influência sobre todo o regime sancionador e são de suma importância para o Direito Administrativo Sancionador, justamente por se tratar de aplicações e garantias não presentes nos códigos.

Nessa mesma linha não se pode deixar de trazer alguns postulados constitucionais que são bases para os atos da Administração Pública. “Representam

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2000. p. 4.

¹² MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101-102.

cânonos normativos que norteiam a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios”¹³.

A partir do esposado, é preciso entender a aplicação dos princípios constitucionais, bem como os limites impostos às sanções penais e administrativas, quando do exercício e da aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

1.1 O interesse público e o regime jurídico administrativo

O critério de interesse público já não existe mais de forma isolada para a implementação das diretrizes do Poder Administrativo, mas como conjunto de princípios que norteiam os atos do agente público. Segundo essa perspectiva, têm participação determinante na parte principiológica. Nesse sentido:

[...] os princípios são normas imediatamente finalistas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.¹⁴

A proteção do interesse público é garantia para a atuação do Direito Administrativo. O próprio Estado somente poderá atuar com o amparo no interesse da coletividade. Ocorre que, mesmo sendo o mais importante balizador, torna-se essencial compreender as demais formas de proteção. Nesse sentido, aduz Fabio Medina Osório:

[...] o certo é que o Direito Administrativo não pode estruturar-se, conceitualmente, a partir de uma cláusula tão ampla quanto ambígua como o interesse público. Pensamos que o interesse público não pode ser embutido na finalidade pontual de outros assuntos jurídicos. Ademais, o Direito Administrativo pode servir de instrumento para tutelar relações onde estejam envolvidos diretamente interesses privados, excepcionalmente, como ocorre na intervenção do Estado no domínio econômico, no chamado Direito Administrativo Econômico, e tal deslocamento posicional do interesse público não há de ser irrelevante. A horizontalização progressiva dos sistemas administrativos enseja, ainda, desafios interessantes, desnaturando o interesse público de alguma de suas mais tradicionais vestimentas, como a indisponibilidade. Por tais, razões não é possível calcar todo um conceito central de um ramo jurídico apenas no interesse público, embora este possa ser um dos elementos indispensáveis ao núcleo do Direito Administrativo.¹⁵

Na incidência do Direito Administrativo, os critérios mais razoáveis se mostram com a seguinte sequência: presença formal, direta ou indireta, da

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 18.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

¹⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90.

Administração Pública, *lato sensu* na relação jurídica, ainda que venha a ser tutelada originalmente pelo Judiciário; na presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originalmente competente para tutelar essa regulação. Do mesmo modo, a previsão de regime jurídico publiciza essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos, direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e, em decorrência desse conjunto de fatores, preponderantes na aplicação das normas de Direito Administrativo.

Assim, como se pontua na conceituação e limitação do Direito Administrativo, há de se impor ao responsável pela aplicação da sanção administrativa o regime jurídico a ser adotado na aplicação das regras administrativas, como se observa no deslinde do tema aqui proposto.

Di Pietro trata o regime jurídico aplicado a situações descritas como “[...] o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”.¹⁶

O Direito Administrativo *versus* regime jurídico administrativo baseia-se em 02 (duas) ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito, a liberdade do indivíduo; e de outro lado, a ideia da necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e sujeições para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, quer para a prestação de serviços públicos, ou seja, a autoridade da Administração.

A liberdade individual prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁷, segue como preceito fundamental para autorizar a aplicação das regras do Direito Administrativo, ficando presente aqui o princípio da legalidade.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

¹⁷ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

Por mais que as prerrogativas coloquem a Administração em posição de superioridade perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios, que se não observados, implicam desvio de poder e, conseqüentemente, nulidade dos atos da Administração.

Demonstrado o ponto de atuação nas atividades administrativas, o interesse público torna-se figura essencial e é exatamente esse o papel citado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “o regime jurídico administrativo se baseia em dois princípios magnos (ou supra princípios): supremacia do interesse público sobre o interesse privado; indisponibilidade, pela Administração, do interesse público”¹⁸.

É possível dessa forma, tratar o ato administrativo com a necessária obediência da limitação constitucional, impedindo que a posição de proteção à coletividade venha ferir valores necessários, mesmo diante das múltiplas variantes e vertentes especializadas de alcance de uma decisão oriunda do Estado.

Nessa esteira de raciocínio, configurado o conceito, regime de aplicação, e a proteção do interesse da coletividade, não se pode fugir da configuração de interesse público, haja vista que o risco de contradições e incoerências ganham proporções de incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

1.1.1 O Interesse público primário e secundário

Esse interesse público em acompanhar as decisões emanadas do Poder Público, envolve duas concepções: interesse primário e interesse público secundário. O primeiro refere-se ao interesse da coletividade, já o segundo, por seu turno, é o interesse do Estado, enquanto sujeito de direitos.

Estas duas concepções são explicadas por Irene Patrício Nohara, como segue:

Interesses públicos primários são aqueles que a Administração deve perseguir no desempenho genuíno da função administrativa, uma vez que abarcam os interesses da coletividade como um todo (o bem-estar geral ou comum); os interesses secundários são os interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade; geralmente são interesses fazendários, relacionados com o incremento do erário.¹⁹

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5-6.

1.1.2 Princípios que vão além do interesse público

Além do interesse público presente nas manifestações, a Administração Pública deve observar outros princípios positivados em determinadas leis que versam sobre a atuação do Estado, como: da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Por seu turno, existem ainda princípios expressos na Lei nº 8.666/1993, que regula as licitações e contratos administrativos²⁰, bem como na Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos²¹. Além destes, existem outros diplomas legais.

Feita a explicitação do alcance do Direito Administrativo, cabe, agora, examinar mais a fundo o Direito Administrativo Sancionador.

1.2 A especialização do Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador, constitui um sólido espaço de referências teóricas válidas, ao menos para o início do debate que se pretende. Isso, porque é na Europa, fundamentalmente, que o Direito Administrativo Sancionador recebe sua teorização inaugural, em países como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha, como precursoras importantes na aplicação do Estado sancionador.

Essa utilização europeia, como referência, sinaliza com elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, aplicada pelo Direito Sancionador. Nesse aspecto somos herdeiros: a) da autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) do efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) da finalidade repressora (elemento teleológico), consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) da natureza administrativa do procedimento (elemento formal)²².

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

²² VERA, Jose Bermejo. **Derecho Administrativo**: Parte Especial. 7. ed. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 79.

Partindo da perspectiva exposta, é necessário contextualizar que não temos a justiça administrativa, como ocorre na Europa, particularmente nos sistemas influenciados pelo Direito francês. Fica claro nesse ponto, que podemos evoluir no tema de forma independente, não necessariamente ficando atrelado ao Direito Europeu.

Para Osório, na sua Obra *Direito Administrativo Sancionador*, “conceituar sanção administrativa, portanto, é premissa fundamental para delimitação do âmbito de incidente do Direito Administrativo Sancionador”²³.

Ao formular um conceito de Direito Administrativo Sancionador, inegável a frequente comparação entre *pena* e *sanção*, pois ao tratar a evolução histórica da teoria da sanção administrativa é possível observar a existência de uma migração da *pena administrativa* do campo do Poder de Polícia para o terreno do Poder Sancionador.

O Direito Administrativo sancionador pode incidir em campos distintos, tais como infrações tributárias, econômicas, contra a saúde pública, contra a segurança pública, entre outras, ou seja, em qualquer hipótese em que se configure o dever do Estado de controlar e reprimir determinados comportamentos emanados de agentes públicos ou de particulares. Importante considerar, nesse contexto, que a aplicação das normas administrativas punitivas exige processo administrativo ou judicial válido.

Pugna-se pela busca de igualdade e racionalidade no exercício da pretensão punitiva estatal, restringindo-se direitos e patrimônio, em vez de institucionalizar torturas físicas e psicológicas, como o regime jurídico de outrora, evidenciando-se sentido humanístico²⁴. Ainda nessa perspectiva:

É verdade que o poder estatal sancionatório, que era unificado e depois se especializou, deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas, há de ser público, proporcional. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que, no plano concreto, esses princípios apresentem diferenças entre si.²⁵

Feitas essas considerações, cabe, agora analisar a sanção administrativa.

²³ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 88.

²⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters, 2000, p. 34.

²⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thomson Reuters, 2000, p. 116.

1.2.1 A sanção administrativa

O primeiro passo para o estudo da sanção administrativa é a análise do elemento subjetivo dessa sanção que, nesse caso, necessita da presença de uma autoridade administrativa.

Antes de conceituar o termo, o que será feito no item 1.2.3, importa fazer uma análise estrita do termo. As sanções administrativas são aquelas medidas repressivas, sem natureza necessariamente disciplinar, impostas por organismos da administração ativa, comportando grande variedade de espécies. Visto assim, a figura da autoridade administrativa não é indissociável da sanção administrativa, tendo em vista que outras autoridades podem estar presentes, além da judiciária, com competência decisória.

O processo administrativo sancionador constitui pressuposto formal para apuração dos fatos que podem caracterizar um ilícito administrativo, cuja confirmação, por meio de processo idôneo, precede a aplicação de sanção ao transgressor.

Alguns autores entendem, portanto, que a sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permitiria um claro alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa²⁶.

Nessa mesma perspectiva, as sanções administrativas não pertenceriam ao campo das funções administrativas, não podendo com essas confundir-se. Em nosso ordenamento jurídico, o tema pode ser exemplificado no âmbito da tutela dos direitos da infância e da juventude, onde as sanções administrativas são aplicadas por autoridades judiciárias²⁷.

São, pois, várias as modalidades das sanções previstas no ordenamento jurídico, que vão desde o ilícito administrativo ao penal, passando pelo civil e tributário. Essas modalidades serão abordadas, mais especificamente, no decorrer desse estudo. Faz-se, antes, necessário diferenciar alguns pontos fundamentais que se seguem.

Como elemento definidor da sanção administrativa, deve ser analisada a necessidade de manifestação do Estado sancionador a partir de uma conduta comissiva

²⁶ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁷ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ou omissiva do administrado, conduta esta que caracteriza a contrariedade à norma disciplinadora. Apenas o homem, enquanto destinatário do comando normativo, terá capacidade de infringi-lo. O dano, por sua vez, acha-se representado pelo desequilíbrio causado à ordem jurídica, em virtude da conduta desviante²⁸.

Esse ilícito administrativo oriundo de ato omissivo ou comissivo, guarda algumas aproximações tanto com o ilícito penal, quanto com o ilícito cível.

1.2.1.1 Ilícito civil e a sanção administrativa

O ilícito cível, ressalte-se, tem como cerne a patrimonialidade do dano. A conduta contrária ao direito, neste caso, provocará abalo material ou imaterial ao patrimônio de terceiro, resolvendo-se, em termos obrigacionais, no dever de reparar o prejuízo, independentemente de a transgressão achar-se tipificada em norma específica²⁹.

1.2.1.2 Ilícito penal e a sanção administrativa

No que tange à proximidade entre o ilícito administrativo e o ilícito penal desvela-se na medida em que ambos colocam o infrator em oposição à própria sociedade. O dano é identificado não em prejuízo da vítima, mas pela lesão, abstrata ou concreta, ao bem jurídico tutelado na norma penal ou administrativa, independentemente dos reflexos patrimoniais advindos. Bem por isso, a diferença entre esses e o ilícito civil. Isso, porque vicejam no campo penal e administrativo o princípio da tipicidade: a conduta sancionada precisa estar prevista em norma jurídica³⁰.

Ao comparar as esferas de julgamento e aplicação de responsabilidade, Prado afirma que as sanções administrativas, apesar de não terem natureza de pena, decorrem igualmente do exercício do poder punitivo estatal em relação aos ilícitos praticados no âmbito de atuação da administração pública.³¹

Logo, é possível associar a aplicação do Direito Administrativo Sancionador ao caráter repressivo, e até pedagógico da sanção imposta, forçando o administrado a

²⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 25.

³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 24-25.

³¹ PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. v.1.

cooperar com o Poder Público na garantia da ordem, colocando esse infrator em choque com o interesse coletivo ao determinar a conduta a ser seguida.

1.2.3 Conceito e limites da sanção administrativa

Feitas tais ponderações, levando em considerações essas diferentes análises e aplicações das decisões pelo poder administrativo, e independentemente do caminho conceitual seguido, é possível definir a sanção administrativa como um castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com a finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Embora a construção da teoria do poder administrativo sancionador com a vinculação da sanção administrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo, seja de grande importância, ao tratar, nessa ótica, das medidas da sanção administrativa, o tema retorna indiretamente à função administrativa.

O papel garantidor dos órgãos sancionadores deve manifestar-se nos limites de sua competência, quando chamados para isso. Nesse contexto, é impensável afetar legitimamente a esfera jurídica sem o devido processo legal, ou seja, o Estado deverá observar roteiros legalmente estabelecidos para impor restrições ao sancionado. E devem figurar no processo administrativo sancionador o direito de participação (contraditório e defesa), bem como a via processual como caminho legítimo de exercício das funções estatais.

O processo é o modo de exercício legítimo das funções estatais, instrumento mediante o qual o Estado realiza o direito em quantidade e qualidade, assegurando ao seu titular o exercício do interesse juridicamente protegido, **na exata medida** dessa proteção. O processo pode ser concebido, portanto, como relação jurídica (sujeitos fixos) ou situação jurídica (em face da flexibilidade/fungibilidade inerente à pessoa dos interessados, diretamente proporcional ao grau de interesse público envolvido) expressa por sequência de atos logicamente encadeados, visando ao ato final estatal – provimento.

O Estado desempenha, com a possibilidade de decidir ao final, um poder funcional que tutela interesses, desempenha funções públicas e constitui relações jurídicas, mediante a edição de normas com diferentes características do Estado e normas disciplinadoras da ação estatal, adquirindo, ao final, a possibilidade de decidir em desfavor ou não do réu, em caso específico de processo administrativo sancionador.

Deve haver equilíbrio entre o administrado e a Administração, que se desvela pela forma de “trazer para o interior do conceito de direito administrativo o indivíduo como tal, isto é, como administrado”³². Esse equilíbrio permite às partes esperar, pautando-se na segurança jurídica e no princípio da legalidade, uma decisão administrativa na medida da previsão legal.

Pelo exercício da função pública, a decisão final estatal deve ser conjuntamente construída, razão pela qual sua imperatividade é legal e desejada. Mediante o equilíbrio, normativamente previsto das posições jurídicas subjetivas, o arbítrio cede lugar à razoabilidade. No campo do Direito Administrativo sancionador, não haveria relevância em associar a natureza da sanção à função pública, posto que sanções administrativas poderiam ser aplicadas por juízes no âmbito do Direito da Infância e Juventude³³.

Diante de algumas incertezas, na utilização dos princípios garantidores para aplicação das decisões administrativas em desfavor do administrado, a jurisprudência brasileira, se posiciona pela inexistência de discricionariedade na aplicação da penalidade pelo administrador, de maneira que, demonstrada a conduta que a lei estabelece, não poderá ser aplicada pena diversa da caracterizadora da infração.

Em recente julgado, na análise da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de pena de demissão, o Superior Tribunal de Justiça negou pedido, sob argumento, segundo voto do relator, de inexistência de discricionariedade ao administrador na aplicação da pena: “[...] é firme o entendimento do STJ no sentido de que caracterizada a conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa”³⁴.

No Supremo Tribunal Federal, a 1ª Turma, à unanimidade, já tinha concluído que:

³² FERRAZ, Sergio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo, 2012, p. 25.

³³ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 29 set. 2020. Art. 245 a 258-C.

³⁴ BRASIL. STJ. Agravo de Instrumento no REsp. nº 1.517.516/PR. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 17 de junho de 2019. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 25 jul. 2019.

[...] o princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado a ponto de acarretar o afastamento das regras legais [...] Foi esta a escolha do legislador federal que não dispensou ao administrador público responsável pela aplicação de sanção um espaço para escolha discricionária, em julgamento de matéria acerca da manifestação condenatória oriunda do administrador público.³⁵

Fica, assim, esclarecido nessa primeira abordagem do Direito Administrativo Sancionatório, que o termo sanção está ligado à função administrativa e, no campo formal e material, impede margem de discricionariedade em razão de se tratar do ápice de intervenção do Estado na liberdade do administrado. Isso, porque o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal traz a exigência constitucional de que a infração e a pena sejam previstas em lei³⁶.

Portanto, qualificada a conduta estabelecida na norma, não há discricionariedade do administrador para aplicação de sanção diversa. No Direito Administrativo Sancionatório, o papel do julgador é apenas interpretativo, devendo aplicar o texto que a lei fixar na conduta que caracterize a infração e o conseqüente normativo. Ora, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIX, impõe que qualquer infração somente será aplicada mediante previsão de lei: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³⁷.

Assim, determinada norma que regula matéria de Direito Administrativo Sancionatório deve guardar compatibilidade com a Constituição Federal, e deverá ser considerada inconstitucional sempre que atribuir competência discricionária na aplicação de sanção sem a devida previsão legal.

1.3 Aplicação do princípio da independência dos poderes na tramitação de processos cíveis, administrativos e penais ensejando a multiplicidade de condenações confrontantes

Frente ao que já foi explanado sobre a aplicação do poder sancionador do Estado dentro da relação jurídico-administrativa, é importante, a partir desse momento, compreender a aplicação do princípio constitucional da independência dos poderes na tramitação de processos cíveis, administrativos e penais. Isso, porque há a possibilidade

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 30.455/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, 15/05/2012. Primeira Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 25 de junho de 2012.

³⁶ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

de surgir decisões conflitantes do Poder Sancionador, o que, por si só, pode vir a ferir princípio constitucional.

1.3.1 O princípio da independência dos poderes e a necessária evolução hermenêutica

É cediço que a autonomia e independência das instâncias punitivas é para o Estado Democrático de Direito um avanço nas possibilidades de limitar as condutas individuais, impedir desvios e, principalmente, impor sanções às ilicitudes cometidas. Uma mesma conduta pode constituir, simultaneamente, irregularidade administrativa, civil e penal, sem que tais condenações dependam uma da outra.

Entrementes, o constante choque de decisões de instâncias punitivas diferentes e interpretações acerca da tradicional teoria da autonomia e independências das instâncias levaram parte da doutrina a perceber que tal teoria não é absoluta, mas relativa, ao tempo em que, levando em consideração determinadas hipóteses, um resultado pode repercutir direta ou indiretamente nas demais órbitas. Cabe, nesse contexto, citar Araújo:

Assim, a teoria da autonomia e independências das instâncias sob a perspectiva dos princípios fundamentais e do Estado Democrático de Direito, como mecanismo de enfrentamento e correção das complexas problemáticas decorrentes de condutas indevidas perpetradas pelos indivíduos, já não se mostra mais suficiente ou adequada em solucionar tais situações.³⁸

A par das considerações e análises já pontuadas, no que tange à presença do interesse público na proteção dos direitos individuais e coletivos, na aplicação dos princípios constitucionais às normas legais e a diferenciação das condenações penais e administrativas, observa-se que o aprofundamento teórico-analítico das situações acima descortinadas são essenciais para uma nova leitura da teoria da autonomia e independência das instâncias no ordenamento jurídico brasileiro, sob as perspectivas dos institutos do Regime Constitucional Sancionador e, com as luzes da teoria da unidade do poder punitivo estatal. Enfrentando-se a problemática decorrente da insuficiência do tratamento dado pela vetusta independência das instâncias, poder-se-á formatar soluções e acautelamentos com base nos direitos fundamentais, os quais trarão

³⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito Administrativo e seu processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

limites à reiteração punitiva estatal e à proteção efetiva ao Estado Democrático de Direito.

A discussão sobre o processo de judicialização administrativo e judicial nas diversas instâncias permite dirimir dúvidas sobre os preceitos e princípios constitucionais. Entretanto, como o ordenamento jurídico pátrio entende na teoria/prática essa interface entre os poderes, aparentemente autônomos em inúmeros aspectos, embora nem sempre demarcados por fronteiras nítidas, exige-se um processo de discussão sobre essa temática complexa ao permitir ao jurisdicionado a garantia constitucional.

Volvendo a tempos anteriores, onde a concentração de poderes em nome de poucos, era o primeiro passo para autocracias e regimes ditatoriais, que suprimiam direitos fundamentais e outras garantias individuais, tais períodos ensejaram grandes consequências à evolução da sociedade como democracia.

Na intenção de corromper esse poder absoluto, em busca de um governo democrático, surgem alternativas para impedir os abusos na utilização do poder decisório. Inicia-se a separação dos Poderes, com a divisão de tarefas objetivando mitigar e, até, anular as arbitrariedades.

Antes de chegar ao tema principal deste tópico, qual seja a aplicação do princípio da independência dos poderes na tramitação dos processos, em especial aqueles que apresentam decisões conflitantes, cabe fazer um breve histórico do surgimento da separação e independência dos poderes iniciada na Europa e aplicada no Brasil.

1.3.2 A separação dos poderes – do surgimento ao princípio constitucional brasileiro

Um dos primeiros a idealizar a separação dos poderes foi Aristóteles, que considerava a divisão em Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário³⁹.

Séculos mais tarde John Locke defendeu matéria que relaciona a sociedade como um todo, baseada na garantia dos direitos naturais junto aos contratos sociais.

³⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. [O texto do filósofo grego é composto por oito livros (I: 1252a - 1260b, II: 1261a - 1274b, III: 1275a - 1288b, IV: 1289a - 1301b, V: 1301b - 1316b, VI: 1317a - 1323a, VII: 1323b - 1337a, VIII: 1337b - 1342b).] Wikipedia. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica_\(Arist%C3%B3teles\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica_(Arist%C3%B3teles)). Acesso em: 6 dez. 2020.

Nessa apresentação Locke entendia a soberania do Poder Legislativo sob os outros e a ausência da autonomia de cada poder para atuar de forma desvinculada um do outro⁴⁰.

Ainda na criação embrionária do Estado moderno, embora sejam apontadas raízes dos ideais de separação dos poderes nas obras de autores como Maquiavel, John Locke e Rousseau, foi Montesquieu, na obra *O espírito das leis*, que percebeu as tradicionais funções do Estado, a legislativa, a executiva e a judiciária, como afetas a três poderes independentes⁴¹.

Montesquieu permitiu-se elaborar mecanismos aptos a obstruir o exercício arbitrário/autoritário do poder, instituindo, assim, o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais. De acordo com esse sistema, os componentes de cada um dos poderes são necessários para limitar a atividade e assegurar que nenhum se sobreponha ao outro, garantindo a independência e harmonia entre si. A prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”⁴².

Buscando explicar essa intenção de equilibrar e harmonizar as decisões, traz Montesquieu o exemplo em que apenas um homem ou uma determinada reunião de homens fosse responsável por criar as leis, julgar os crimes e pendências de natureza civil e executar medidas para o funcionamento da máquina pública. No exemplo seria comum e frequente a ocorrência de uma sucessão de erros e injustiças.

A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”⁴³. A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a abstenção do Estado, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade perante o Estado.

Surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu à conversão da tripartição em uma teoria das funções estatais, em que cada poder corresponde a uma função estatal, materialmente

⁴⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁴¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 43.

⁴² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 184.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 156-157.

definida. A função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico, proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas⁴⁴.

Outro pensamento que importa citar, por suas contribuições atuais, é o de Kelsen que refutou essa classificação, definindo que o conceito de separação de poderes “[...] designa um princípio de organização política”⁴⁵. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado e que é possível definir fronteiras, separando cada uma dessas três funções.

Constata, mais adiante, ainda na mesma linha que não são três, mas duas as funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito e que “é impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”⁴⁶.

Nessa perspectiva, não se pode distinguir material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estatal da outra. Dessa forma, Kelsen descaracterizou a teoria da separação dos poderes, como teoria da diferenciação material das funções do Estado⁴⁷.

Feitas essas breves considerações sobre o surgimento e aplicação da separação dos Poderes no mundo, cabe agora relacionar, no Brasil, seu nascedouro e aplicação, tema essencial para compreender a multiplicidade de decisões e fixação das diversas competências de poderes.

O Brasil torna-se independente de Portugal em 07 de setembro de 1822. Em 1823, Dom Pedro I convocou uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa⁴⁸.

Em 25 de março de 1824 é editada a Constituição Política do Império do Brasil, a primeira constituição do Brasil. Nesta, já se buscava a harmonia entre os

⁴⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 248.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 385-386.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 385-386.

⁴⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 250.

⁴⁸ REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. **A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana**. **Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736bRDA179-180/117-123>. Acesso em: 04 nov. 2020.

poderes, em seu bojo havia quatro poderes políticos constituídos; Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judicial e Poder Moderador⁴⁹.

Essa Constituição possuiu como característica, a consagração de um Estado Unitário de forte atuação do governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo.

Relativamente ao território nacional, as antigas capitanias hereditárias foram transformadas em províncias, que, por sua vez, poderiam ser subdivididas. As províncias eram subordinadas ao Poder Central e detinham um “Presidente”, nomeado pelo Imperador, o qual estava sujeito a remoção a qualquer tempo (*ad nutum*)⁵⁰.

A Carta Política de 1824 reconheceu a divisão dos Poderes Políticos, como Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial (art. 10); estabeleceu como representantes da Nação Brasileira o Imperador e a Assembleia Geral (art. 11); estabeleceu que estes Poderes eram delegação da Nação (art. 12) e trouxe, também, a presença de princípios embrionários dos direitos dos cidadãos (art. 9º).⁵¹

O Poder Moderador sobrepunha-se aos demais três poderes, e era exercido pelo Imperador, como Chefe da Nação e responsável pela decisão final, como ato específico capaz de validar ou desfazer decisões emanadas dos outros poderes⁵².

Em 1874, após os entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia o contexto revelou o rompimento das “colunas de apoio” ao Império e, em 15 de novembro de 1889, a República é proclamada por Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e a respectiva dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular.

Em 15 de novembro de 1889, com a edição do Decreto nº 1, também foi declarada a República em âmbito nacional e as províncias se tornaram estados integrantes de uma federação, formando, assim, os Estados Unidos do Brasil.

⁴⁹ REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana. **Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736b> Acesso em: 30 out. 2020.

⁵⁰ REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana. **Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736b>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁵¹ BRASIL. [Constituição Imperial (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

⁵² REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana. **Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736b> Acesso em: 30 out. 2020.

Com seu advento, instaurou-se um governo provisório, nomeou-se uma comissão para elaborar um projeto de Constituição. Publicada em 22 de junho de 1890, ficou conhecida pela literatura como a Constituição aprovada pelo Executivo.

A Constituição de 1891 instituiu, de modo definitivo, a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo. A autonomia dos estados foi assegurada, sendo-lhes concedida a competência remanescente; o regime era representativo, com eleições diretas e mandatos por prazo certo nos Poderes Executivo e Legislativo e; o sistema de governo adotado foi o presidencialista, de inspiração norte-americana⁵³.

Ainda em resumidas linhas, tal Constituição de 1891, consagrou o princípio da tripartição dos poderes e adotou o sistema presidencialista. Trouxe no artigo 15 que “[...] são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”⁵⁴.

O surgimento da Constituição da República de 1934 decorreu do rompimento da ordem jurídica ocasionada pela Revolução de 1930, pondo fim à era dos coronéis e à denominada Primeira República.

Foi a primeira Constituição brasileira a enumerar direitos fundamentais sociais, com forte inspiração nas previsões dos artigos constantes na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar⁵⁵. A Constituição de 1934, começa a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos, com promoção do rol de matérias tratadas no texto constitucional, fenômeno conhecido como constitucionalização dos diversos ramos do Direito, até então tratados em âmbito infraconstitucional⁵⁶.

Ainda acerca da evolução do tema, fora mantida a separação na Constituição de 1934, que no artigo terceiro dispunha: “[...] são órgãos da soberania nacional, dentro

⁵³ BRASIL. [(Constituição, 1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

⁵⁴ BRASIL. [(Constituição, 1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

⁵⁵ ALEMANHA. [(Constituição, 1919)]. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁶ REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana. **Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736b> Acesso em: 30 out. 2020

dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”⁵⁷

Três anos depois, em 1937, é promulgada uma nova constituição. Em seu texto encontrava-se previsto que o Brasil era uma República e que o poder político emanava do povo e era exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade⁵⁸.

Ocorre que diferente do escrito, sequer havia a divisão de poderes, embora existissem, formalmente, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, os dois últimos tiveram sua função desnaturada.

Em suma, todas as funções provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo foram concentradas nas mãos do Presidente da República, que legislava pela via de decretos-leis que ele próprio aplicava, posteriormente, como órgão do Executivo.⁵⁹

A previsão do texto estabelecia, em seu artigo 36, que “[...] são poderes da união o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”, voltando, portanto, para a separação clássica.

A carta de 1967 estabelecia que o Brasil era uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e, que todo poder emanava do povo e em seu nome seria exercido.

Seu texto apresentou grande preocupação com a "segurança nacional" e um viés centralizador no sentido de concentrar as ações político-administrativas na União e de ampliar os poderes do Presidente da República⁶⁰.

O Texto de 1967 não trouxe alteração quanto a tradicional separação dos poderes. E, a Emenda Constitucional de 1969 estabeleceu em seu artigo 6º que “[...] são

⁵⁷ BRASIL. [Constituição Federal (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 fev. 2020. Acesso em: 22 jan. 2020.

⁵⁸ Art. 1º da BRASIL. [Constituição Federal (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

⁵⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 28-29.2017; LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129-130.

⁶⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 30.

Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁶¹.

Finalmente, na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consta, até os dias atuais, consagrada no inciso I do artigo inaugural, a soberania como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e no artigo 2º que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁶².

Tal Constituição foi denominada de “Constituição cidadã” por resultar de uma ampla participação popular, clamorosa pela consecução de direitos, tendo revelado aquele movimento, um profundo compromisso com os direitos humanos fundamentais, resultando o nosso documento normativo máximo, em virtude disso, no que talvez seja o mais amplo elenco de direitos desta natureza do constitucionalismo mundano⁶³.

Perceba-se, que apesar do poder pertencer a cada componente do povo brasileiro, seu exercício é satisfeito pelos representantes, os quais ostentam a qualidade de “agentes” estatais. Referidos “agentes” estatais exercem as funções concernentes à soberania, segundo a concepção tradicional, a frente dos Três Poderes, ou seja, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, os quais são independentes (autônomos) e devem conviver em harmonia, de acordo com o art. 2º da Carta da República. “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁶⁴.

Merece destaque, assim, entendimento no sentido de que cada função do poder soberano foi destinada a órgãos distintos e “especializados” (função típica) em seu desempenho, bem como que, normativamente falando, não há hierarquia entre os Três Poderes.

Trazendo essa realidade oriunda de todo o histórico da formação constitucional no Brasil, e com esse conceito quase irrefutável de independência das instâncias é preciso esclarecer alguns limites.

⁶¹ BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

⁶² BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

⁶³ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁴ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, D F: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

O princípio fundamental da separação dos poderes se sobrepõe a outras normas, pela exata intenção de impedir abusos.

Nas lições de Silva:

[...] 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.⁶⁵

Mesmo ante a importância do equilíbrio entre os poderes, o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; o executivo veta projetos legislativos aprovados, além de nomear membros do judiciário; já o legislativo detém poderes de investigação e analisa os aspectos financeiros orçamentários.

O Judiciário, com base nessa premissa de independência, sumulou sua aplicação, nos seguintes termos: “é inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.”⁶⁶.

Em relação a interferência do Legislativo no Poder Executivo, decidiu:

É inconstitucional qualquer tentativa do Poder Legislativo de definir previamente conteúdos ou estabelecer prazos para que o Poder Executivo, em relação às matérias afetas a sua iniciativa, apresente proposições legislativas, mesmo em sede da Constituição estadual, porquanto ofende, na seara administrativa, a garantia de gestão superior dada ao chefe daquele Poder. Os dispositivos do ADCT da Constituição gaúcha, ora questionados, exorbitam da autorização constitucional de auto-organização, interferindo indevidamente na necessária independência e na harmonia entre os Poderes, criando, globalmente, na forma nominada pelo autor, verdadeiro plano de governo, tolhendo o campo de discricionariedade e as prerrogativas próprias do chefe do Poder Executivo, em ofensa aos arts. 2º e 84, II, da Carta Magna.⁶⁷

Ainda sobre esse contexto:

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010. Naquele

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 649. É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades. Aprovação em 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [ADI nº 179](#). Relator. Ministro Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2014. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 mar. 2014. Grifo nosso.

julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.⁶⁸

Em última perspectiva, três orientações:

A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis.⁶⁹

Esta Corte já firmou a orientação de que é possível a imposição de multa diária contra o poder público quando esse descumprir obrigação a ele imposta por força de decisão judicial. Não há falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional.⁷⁰

A criação, por lei de iniciativa parlamentar, de programa municipal a ser desenvolvido em logradouros públicos não invade esfera de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo.⁷¹

As decisões dispostas acima demonstram que o Judiciário pode exercer o controle do ato administrativo, atuando com base no princípio constitucional de que nenhuma lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Percebe-se o importante papel na concretização do texto constitucional, sem afronta ao princípio da separação dos poderes, quando se usa o meio adequado.

1.3.3 A aplicação do princípio da separação dos poderes e a contradição das instâncias

Essa busca do Estado por solucionar todos os percalços que envolvem a Administração Pública vem gerando alguns choques de interesses e dúvidas sobre a solução, conforme demonstrado pelo apanhado jurisprudencial, mas, ainda assim,

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [RE nº 642.536-AgR](#). Relator: Ministro Luiz Fux, 5 de fevereiro de 2013. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 fev. 2013. Grifo nosso.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Ação Penal nº 470](#). Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 22 abr. 2013. Grifo nosso.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Agravo de Instrumento nº 732.188-AgR](#). Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de junho de 2012. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 1 ago. 2012. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337-AgR](#). Relator: Ministro Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. 2. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 set. 2011. Grifo nosso.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Recurso Extraordinário nº 290.549-AgR](#). Rel. Min. Dias Toffoli, 28 de fevereiro de 2012. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 29 mar. 2012. Grifo nosso.

deixa dúvidas sobre o equilíbrio de decisões, em especial, nos casos das penalidades a serem aplicadas.

Uma determinada conduta pode, ao mesmo tempo, caracterizar um ilícito civil, administrativo e penal. Nesses casos, a contradição da independência das instâncias com o princípio do *ne bis in idem* deve ser entendido em todas as suas características, sob pena de prejudicar outros princípios fundamentais.

1.3.3.1 O *ne bis in idem* como limite ao poder sancionador

Considerando o *status* de direito fundamental tanto da independência das instâncias decisórias, bem como do *ne bis in idem* faz-se necessário aprofundar esse estudo, especialmente quando duas ou mais normas regulem os mesmos fatos ou conjunto de fatos. Assim, se apenas uma norma os regula, não há como identificar conflito de decisões.

Os direitos fundamentais que, por sua vez, não estão presentes no catálogo ou que formalmente não integram o texto constitucional podem resultar da afirmação autônoma de sua própria essencialidade, como decorrência da existência prévia de outros direitos expressamente reconhecidos⁷².

É exatamente nesse recorte que a interdependência e comunicabilidade das instâncias punitivas sob o viés da vedação ao *bis in idem* já são categorizadas como direito fundamental.

A vedação de *bis in idem* apresenta-se como decorrência lógica do reconhecimento de que as diversas sanções, seja no âmbito cível, penal e administrativo geral, que integram o poder punitivo, carecem de critérios materiais que justifiquem a autonomia, entre si, destas e de outras formas de repressão estatal, notadamente quando se verifica a imposição de punições simultâneas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamentos, ainda que por autoridades diversas⁷³.

Ressalte-se, inclusive, que admitir, quase que de forma absoluta, que as instâncias punitivas são autônomas e independentes, não se mostra consentâneo com o constitucionalismo atual de um Estado Democrático de Direito, onde o Estado de Direito tem sua formação a partir de critérios materialmente estabelecidos à luz dos

⁷² SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

⁷³ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

direitos fundamentais. Campos, comenta que “O princípio do *ne bis idem* não proíbe realmente que alguém possa ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, mas que seja punido duas vezes pelos mesmos fatos sobre a base de idêntico fundamento”.⁷⁴

Tal contexto doutrinário traz que é possível o conflito de decisões, desde que haja tipificações diferentes e não exista identidade de lesão ou perigo gerado a esse bem.

Há que ter em conta não só o bem jurídico, mas também o ataque ou lesão a esse bem, porque, se há dois ataques distintos ao mesmo bem jurídico, cada uma das sanções terá um fundamento próprio e caberá, em consequência, a imposição de todas elas sem que o *ne bis idem* seja atacado. Ou seja, a identidade de fundamento comporta, em realidade, duas identidades: a identidade de bem jurídico ou interesse público protegido ou identidade de lesão ou ataque a esse bem⁷⁵.

A prática forense permite se deparar com situações que confirmam uma multiplicidade de condenações pelo mesmo fato e fundamento, restando a possibilidade de se deparar com contradições de manifestações do Estado Sancionador. Um exemplo elucidará melhor a questão. O nome do réu foi suprimido, por questões de privacidade:

PARTES: Fulano de tal 1(réu).

Ministério Público Federal(autor).

Processos:

Ação de Improbidade Administrativa, número: XXXX-22.2011.4.01.4000

Ação Penal, número: XXXXX-22.2012.4.01.4000.

Objeto: Gestor de Órgão Estadual XXX do Piauí, responde ambas as ações pela suposta falta de comprovação de aplicação do importe de R\$ 303.154,03 (trezentos e três mil reais e cento e cinquenta e quatro reais e três centavos) de valor repassado por meio Convênio Federal.

SENTENÇAS:

⁷⁴ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*. **Revista de Administración Pública**, n. 156, 2001, p. 191. Texto completo (pdf). Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>. Acesso em: 02 de nov. de 2015, p.195.

⁷⁵ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

Ação de improbidade Administrativa: ressarcimento do dano; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil no valor do ressarcimento (12.12.2018).

Ação Penal: absolvição do acusado nas imputações descritas no Código Penal, por inexistir prova suficiente para condenação (16.10.2018).

Como se vê, a decisão judicial na ação de improbidade ocorreu após a decisão que absolvía o réu na ação penal, impondo-lhe a devolução de numerário, a suspensão de direitos políticos, o consequente afastamento do cargo, se o réu ainda estivesse em exercício e o pagamento de multa cível. Na Ação Penal, houve uma absolvição por inexistência de prova capaz de impor capitulação penal. A questão aqui é apenas de contrariedade. Questão que suscita vários questionamentos, como por exemplo: a) a sentença penal é posterior à sentença da ação de improbidade? b) Sendo a sentença penal posterior à ação de improbidade é suficiente para anular a sentença primeira, restabelecendo o status quo do réu, inclusive pelo seu retorno ao cargo? c) os direitos políticos são restabelecidos? d) a multa deve ser devolvida? e) de outro modo, se houvesse condenação na seara penal, como o princípio do *ne bis in idem* seria respeitado; f) a sentença penal tomou conhecimento da ação de improbidade administrativa e considerou seus fundamentos para a decisão penal e vice-versa? g) O réu pode pedir, com base no princípio do *ne bis in idem* a suspensão da execução da sentença de um processo até que a decisão ocorra no outro?

A imposição de violações com as identidades de sujeitos, fatos e fundamento, é vedado pelo espectro de proteção do princípio do *ne bis idem*, mas esses limites devem ser expressos e o abusos devem ser coibidos nos limites da atuação do Estado.

A partir do surgimento desse possível conflito de decisões, cabe ao juiz observar alguns pontos importantes a serem preservados, a fim de impedir manifestações estatais conflitantes.

Ou seja, essa regulação de decisões conflitantes não permitida pela doutrina, e já citada em alguns trechos dessa pesquisa, deve ser compelida sob pena de prejudicar os réus, ao ferir direito fundamental.

Observa-se que o sistema constitucional atual e sob sua perspectiva de Estado de Direito material visa respeitar a estabilização das situações por meio do fortalecimento da segurança jurídica, garantindo o devido processo legal sob o viés substancial, o que se mostra efetivamente consentâneo com as exigências e garantias dos direitos fundamentais.

Disso se conclui que mesmo diante das decisões que mostram um Judiciário independente, os tribunais superiores ainda revelam inconsistências quanto aos argumentos jurídicos sobre decisões confrontantes, para escolha de qual decisão deve prevalecer. É certo que não importa o conteúdo da decisão (se é mais favorável ou não ao réu) deve ser arguida a fim de estancar a desobediência aos princípios constitucionais absolutos.

1.4 Relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo e as hipóteses de conexão entre as esferas de julgamento

Um dos grandes desafios contemporâneos, abordado no presente capítulo é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas as decisões na tutela de bens jurídicos idênticos, o que pode ocorrer, desde que, se obedeça a vertentes teórico-normativas. Importa, assim, examinar mais de perto as sanções administrativas e penais, de modo a deixar demarcado o limite de atuação e seus critérios de aplicação. De fato, o poder de punir do Estado pode projetar-se sobre os indivíduos e sociedade por dois caminhos fundamentais, submetendo-o a regimes jurídicos distintos, que resultam em sanções penais e/ou administrativas.

Na relação jurídico-administrativa, a Administração Pública, com base nos critérios que serão expostos nesse capítulo, depois de prévio processo administrativo, decide a conduta dos indivíduos, ampliando, ou restringindo, os respectivos direitos, de acordo com o ordenamento.

O prévio processo administrativo citado acima, dá ao administrador, depois da tarefa interpretativa, a responsabilidade de aplicar a norma jurídica, ao caso concreto. Aduz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que “a aplicação da lei realiza-se através de um silogismo, do qual a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor, e a aplicação concreta daquela neste a conclusão [...]”⁷⁶

Para conceituar essa pena, aplicada pelo administrador, reporta-se à explanação de Daniel Ferreira:

Conceituamos sanção administrativa como a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo. Como este conceito baseia-se nos de sanção *lato sensu* e de função administrativa *stricto sensu*, já externados, cumpre-nos apenas justificar o elemento inovador. Ao indicarmos que a consequência restritiva de direitos deverá ser imposta no

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3.ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 402.

exercício da função administrativa, estamos, em verdade, a explicitar que a autoridade administrativa competente prescinde de autorização judicial, ou seja, que independe de prévia autorização para tanto⁷⁷.

Bacellar Filho também afirma que o Direito Administrativo Disciplinar, genericamente, tem como pressuposto a competência constitucional da Administração Pública para impor modelos de conduta e as respectivas sanções, não só aos seus servidores, mas também às pessoas físicas ou jurídicas que, de alguma forma, incidam em condutas administrativamente reprováveis.⁷⁸

Meirelles compartilha da mesma opinião, acrescentando que o poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração⁷⁹. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

Grinover preleciona que o Direito Administrativo Disciplinar designa Direito Administrativo punitivo interno, instrumento direcionado, exclusivamente, à repressão disciplinar dos servidores públicos. Afirma que o regime das sanções administrativas, aplicado às demais pessoas sujeitas ao poder público, estaria compreendido no Direito Administrativo punitivo externo.⁸⁰

Para aplicar a norma jurídica ao caso concreto, ou seja, sancionar ou não, o agente deverá observar o caso concreto e suas circunstâncias, ou seja, a '*quaestio facti*'. Ele deve considerar os reflexos da aplicação da norma no meio social, no mundo circundante. Numa palavra: o interesse público protegido pela norma aplicada. Nesse sentido, ao impor as sanções administrativas, por conta da infração cometida pelo particular, a autoridade administrativa deve valer-se dessas experiências, advindas da realidade empírica, do mundo dos fatos⁸¹.

É pacífico na doutrina que crime ou delito e infração administrativa possuem conceitos distintos. Em vários arrestos doutrinários explica-se de forma clara que

⁷⁷ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, p. 12, jan./mar. 1991.

⁸¹ VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

infração administrativa não integra o Direito Penal. Isso, porque a responsabilização do infrator não é atraída pela função jurisdicional, mas sim pelo Estado, no desempenho de uma competência administrativa. Até, aqui, é clara a independência já exposta no subitem anterior.

Essa relação direta entre as leis penais e as infrações administrativas oriunda de um mesmo fato, *a priori*, não se distingue pelo interesse tutelado, principalmente quando se busca proteger o interesse público, mas sim por diversos critérios elencados pela doutrina como formais, materiais e quantitativos ao aplicar as penas impostas.

1.4.1 Distinções de caráter formal

Os critérios formais de distinção entre infrações administrativas e sanções penais, fixam-se no âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal. Fundamentam-se nas normas jurídicas que estabelecem regime jurídico diverso às formas de manifestação do poder punitivo e identificam as instâncias penais e administrativas, com base em diferenças quanto ao requisito de imputação aos procedimentos ou à natureza das sanções⁸².

Tais critérios de identificação do ilícito administrativo ou sanção penal, diferenciam-se pela sua imputação, ou seja, a necessária existência de requisitos para aplicação das penalidades. Acerca do tema de imputação, Arêdes explicita que: “instância penal possui sistema de imputação geral, estabelecidos pelos Códigos Penal e Processo Penal, que garante certa uniformidade quanto aos requisitos necessários à imputação de responsabilidade penal”⁸³.

As sanções administrativas são aplicadas diferente de outras medidas, como resposta de a um ilícito. Soma-se a isso que, ao longo dos anos, a doutrina do Direito Administrativo que identifica a infração administrativa, caracterizada pelo descumprimento de uma norma que leva à aplicação de sanção pela autoridade administrativa competente.

⁸² ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-993GAV>. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸³ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-993GAV>. Acesso em: 11 set. 2020, p. 52.

Ainda acerca do tema, aduz Bandeira de Mello⁸⁴, conceito que define a diferença entre as imputações, “infração administrativa e o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa”.

1.4.2 Distinções de caráter material

Outro ponto importante de diferenciação entre os ilícitos penais e administrativos, cingem-se os critérios materiais, que buscam a existência do aspecto extrajurídico (ou, ao menos externo ao Direito Penal) que permita identificar os ilícitos penais com base na conduta, como fato natural, ou como fato constitucionalmente determinado. Busca-se, no mundo do ser, a diferença entre as condutas puníveis na esfera penal e na administrativa, que justifique o regime diferenciado de imputação de sanções e que vincule o Poder Legislativo⁸⁵.

A concepção material visa delimitar o campo de atuação do Direito Penal em relação a sua aplicação, haja vista o poder de valoração da conduta do sujeito criminoso com base na reprovabilidade ético-social, desde que prevista no ordenamento pátrio.

O Direito Administrativo sancionador cuida do bem estar social, ou seja, o direito administrativo tutela interesses juridicamente individualizados.

E, por fim, o critério quantitativo ou da gravidade da infração ou sanção, cria uma diferença material entre os ilícitos: condutas mais graves seriam apenadas com sanção penal e condutas menos graves com sanção administrativa.

A diferença entre as infrações e sanções penais é quantitativa, ficando as mais graves relacionadas à esfera penal, remanescendo as menos gravosas às sanções administrativas.

Conforme Mello,⁸⁶ as duas teorias pecam por diferenciar atos ilícitos de administrativos pelo critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo. Em ambos os casos, a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 402.

⁸⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-993GAV>. Acesso em: 11 set. 2020, p. 109.

⁸⁶ MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico. Ao jurista, não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como são disciplinadas pelo direito positivo. Para ele, a distinção entre os tipos de ilícito deve ser feita com base na sanção que a ele é atribuída. Em suma, ilícito administrativo é o comportamento ao qual se atribui uma sanção administrativa e, ilícito penal é a conduta à qual é atribuída uma sanção penal, sendo que é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos e penais.

Sobre esse conjunto de diferenças, pode-se dizer, que o Direito Penal é a *ultima ratio*. Apenas os bens jurídicos mais importantes devem por ele ser tutelados, o que por si só não é um critério absoluto.

Vitta, ao discorrer sobre os ilícitos penais, civis e administrativos, acentua:

As diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento. Trata-se de conceito lógico-jurídico, de validade universal. O conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é conceito jurídico positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência.⁸⁷

Essa separação de atribuições, garantias de independência, separação de conceitos e aplicações possuem repercussões. Cabe, aqui, citar arresto do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, que balizará a continuidade desse subitem:

Como se sabe, os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem; o Poder Judiciário deve examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção; por força destes princípios, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar.(grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal (STF) o Min. CELSO DE MELLO, acolhido à unanimidade pelo Tribunal Pleno, para quem a consagração, no texto constitucional, do contraditório e da ampla defesa, implicou no reconhecimento, no âmbito dos processos administrativos, de clara limitação dos poderes da Administração Pública, em contrapartida à crescente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos administrados (RDA 179-180/117-123). No MS 20.999, fica claro, considerando-se que a concreção da responsabilidade criminal é privativa do Judiciário, a aproximação do processo administrativo frente ao judicial é traduzível, pelo menos no plano formal, pela implícita constatação de que os parâmetros aplicáveis ao *jus puniendi* no tocante aos crimes ou delitos são extensíveis, na

⁸⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 30

medida do possível, à responsabilização pela prática de infrações administrativas.⁸⁸

Demonstradas as diferenças entre os ilícitos penais e administrativos, como, então, ficaria a tramitação de processos concomitante sobre o mesmo fato, em órgãos diversos.

1.4.3 A tramitação de processos concomitantes sobre o mesmo fato

Para responder à questão que encerrou o item anterior, importante trazer à luz, excerto do voto do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal:

No que concerne à alegação de absolvição do recorrente na esfera judicial, anoto que a orientação desta Corte é no sentido da autonomia e da independência entre as instâncias das esferas civil, penal e administrativa. Isso porque o ilícito administrativo independe de tipificação criminal. Tal circunstância implica que uma conduta possa ter repercussão apenas na esfera administrativa, sem qualquer reflexo na seara criminal. [...] Trata-se de respostas autônomas do Estado, ainda que episodicamente relacionadas, como explica, de forma lapidar, o i. Min. Celso de Mello. “O exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da *'persecutio criminis'* que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública.” (MS nº 21.029/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 23/09/94 - grifos no original). A doutrina acerca do tema não discrepa da jurisprudência, ao estabelecer: “A independência das instâncias administrativa e penal permite que seja imposta sanção administrativa antes mesmo da conclusão do processo penal que tenha por objeto a mesma conduta. Assim, a Administração Pública pode exercer sua competência punitiva antes de qualquer manifestação do Poder Judiciário, ficando, contudo, sua decisão sujeita a sentença absolutória que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria.”⁸⁹

Ocorre que não existe um caráter absoluto na descrição do tema de independência das instâncias e haverá em alguns momentos pontos de interseção, conforme será visto a seguir.

Desta forma, preciosa é a lição de Di Pietro, segundo a qual:

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 21.586/DF**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 15 de maio de 2015. **Diário de Justiça eletrônico**, 21 maio 2015.

⁸⁹ Recurso em Mandado de Segurança nº 26951. Relator(a): Min. Luiz Fux, 07 de agosto de 2014 *in* MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 216. Grifo nosso.

[...] nesse caso, quer-nos parecer que a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, qualquer que seja a fundamentação da sentença repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, ou seja, a chamada falta residual a que se refere a Súmula 18 do STF, *in verbis*: ‘pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor’.⁹⁰

A absolvição na esfera criminal tem que ser reconhecida na órbita administrativa. Nesse sentido, cabe trazer trecho de Di Pietro, quando afirma:

[...] sem embargo, acentue-se que toda sentença penal absolutória repercute na instância disciplinar quando a falta funcional se escudar exata e precisamente num tipo penal. Nesses casos, o decisório criminal definitivo, qualquer que seja o seu fundamento, constituirá *res judicata* no âmbito disciplinar.⁹¹

Essa ausência de harmonia pode ensejar alguma confusão, em termos de enquadramento na categoria de sanções administrativas ou penais, notadamente quando sua aplicação dependa de atuação jurisdicional e sua severidade cause perplexidades, eis que afetam direitos fundamentais. Insista-se, sempre, que ao legislador cabe configurar, discricionariamente, ilícitos penais e administrativos, cominando-lhes as respectivas sanções⁹².

A harmonia utilizada na concepção das decisões administrativa e penais, pode ser inclusive encontrada de forma expressa na Lei nº 8.112/1990, ao afirmar que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”⁹³. Ademais, a **absolvição**, repercutirá no seio da Administração pública somente em dois momentos, qual seja: **negativa de autoria** ou **inexistência do fato**. No artigo seguinte, dispõe a mesma norma que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

Esse consenso previsto no Direito Administrativo Sancionador, nem sempre pode ser observado na jurisprudência, onde se registram alguns conflitos de aplicação do Direito:

⁹⁰ Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 594. Grifo nosso.

⁹¹ Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo, Atlas, 2006, p. 594

⁹² OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 156.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020. Art. 125.

Administrativo. Mandado de Segurança. Ex-servidor Público Estadual. Anulação do Ato de Demissão. Juízo Administrativo. Vinculação. Instância Criminal. Negativa da Autoria. Teoria dos Motivos Determinantes. [...] A repercussão da absolvição criminal na instância administrativa somente ocorre quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato ou afasta a sua autoria [...] ⁹⁴

Administrativo. Policial militar. Sentença penal absolutória. Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Fato que não constitui infração penal. Reintegração. Impossibilidade. 386, III, Código de Processo Penal. 1. A absolvição criminal somente tem repercussão na instância administrativa quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato criminoso ou afasta a sua autoria. Precedentes. 2. A sentença penal absolutória do servidor, transitada em julgado, reconheceu a ausência de provas para a condenação, (art. 386, VII, do CPP) sendo tal hipótese insuficiente para anular o ato administrativo de demissão. 386, VII, CPP. 3. Agravo regimental improvido. ⁹⁵

Sobre o tema, leciona Alexandrino:

Assim, se na esfera administrativa, o servidor foi demitido pelo mesmo fato discutido na esfera penal, a sentença absolutória penal que tenha como fundamento a negativa de autoria ou a inexistência do fato acarretará a reintegração dele, pois terá sido cabalmente afirmado, na esfera penal, que não foi ele o autor do fato que acarretou a sua demissão administrativa, ou que esse fato nem mesmo existiu”. ⁹⁶

Como já discutido, percebe-se que o princípio da separação de poderes oferece o respaldo constitucional para fundamentar a existência do princípio da independência de jurisdição. Ocorre que o princípio da separação de poderes delimita o âmbito de atuação da Administração Pública à produção dos atos administrativos ao mesmo tempo em que exclui a participação do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário, desde que não haja conflito com a legislação pátria, e desrespeito ao princípio do *ne bis idem*.

No capítulo que segue, será aprofundado o conceito e utilização do *ne bis idem*, mas não se pode deixar de citar que tal princípio contém dois significados principais: de um lado, o significado material impede que uma pessoa seja punida duas vezes pelo mesmo fato (ou infração); de outro lado, funciona como uma garantia processual, impedindo que um mesmo fato possa ser objeto de dois processos distintos. ⁹⁷

Os ilícitos administrativos e os ilícitos penais, conforme já observamos, têm natureza, reflexos e substância diferentes entre si. Os ilícitos penais são comandos de

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8806/SP. Relator: Min. Vicente Leal. 6. T. **Diário de Justiça**, de 21 de fevereiro de 2000, p.188. Grifo nosso.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1116829. MG 2009/0007281-1. Relator: Ministro Jorge Mussi, 27 de setembro de 2011. 5. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 13 out. 2011.

⁹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 807.

⁹⁷ TRAYTER, Juan Manuel. **Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos**. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 191.

proteção geral da sociedade, cujo procedimento de apuração é o processo penal ou, quando se tratar de reparação patrimonial, o processo civil.

Ora, os dispositivos acima mencionados aduzem que a sentença penal transitada em julgado, desde que estabeleça um juízo definitivo sobre a existência ou não do fato, da autoria, da antijuridicidade, refletirá na esfera administrativa. Conclusão que se adapta ao delineado até aqui.

Ao trazer todos esses temas e diferenciando a atuação com base na doutrina e jurisprudência, faz-se possível a identificação das condutas que podem ou devem ser sancionadas na esfera penal e as que devem ou podem ser sancionadas na esfera administrativa.

Como já bem delineado, não é função típica da Administração Pública a aplicação de pena. Antes de ser proferida qualquer decisão são necessários atos precedentes que obedeçam aos requisitos legais e constitucionais. Também cabe ao Poder Judiciário que se manifeste acerca da existência ou não de ilícito penal, utilizando-se para tanto do repositório processual e das garantias constitucionais.

Por isso, um ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, como a civil, administrativa, etc. No entanto, o inverso não é verdadeiro: um ato lícito civil não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Dessa forma, apesar de as ações penal e extrapenal serem independentes, o ilícito penal, em regra, confunde-se com o ilícito extrapenal. Em outros termos, sustentar a independência das instâncias administrativa e penal é uma conclusão de natureza processual, ao passo que a afirmação que a ilicitude é única implica uma conclusão de natureza material.⁹⁸

Sendo assim, as instâncias, em geral, são independentes, não havendo no Direito brasileiro a preponderância de uma sobre a outra. No entanto, ao se tratar do tema exposto, são dois os casos específicos (inexistência do fato e negativa de autoria em assunto penal), em que haverá a prevalência da esfera penal sobre a da administrativa, fazendo com que a decisão judicial de absolvição prevaleça sobre as decisões das esferas cível e administrativa, se contrárias.

A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. **Somente em face de negativa de autoria ou inexistência de fato, a sentença criminal produzirá efeitos na seara administrativa, sendo certo que a eventual extinção da punibilidade na seara**

⁹⁸ BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 297.

criminal, pela suspensão condicional do processo, não obsta a aplicação da punição na esfera administrativa⁹⁹.

Não é diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal nesta seara:

De acordo com o artigo 20 da Lei n° 10.522/02, na redação dada pela Lei n° 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.¹⁰⁰

Ainda no sentido da relação entre as decisões, tem-se:

[...] I. - No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente. II. – HC deferido.¹⁰¹

Em caso bastante similar, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a relatividade da independência das instâncias:

[...] No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir.

5. É certo que esta independência também funciona como uma garantia de que as infrações às normas serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a indispensável liberdade; entretanto, tal autonomia não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito. [...] ¹⁰²

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n° 18188/GO. Ministro: Gilson Dipp, 2 de maio de 2006. 5. Turma. **Diário de Justiça**, 29 maio 2006, p. 267. Grifo nosso.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 92438/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgamento, 19 de agosto de 2008. 2. Turma. **Diário de Justiça eletrônico n° 241**, 18 dez. 2008. Grifo nosso.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° HC 83674, Relator: Min. Carlos Velloso, 16 de março de 2004. 2. Turma. **Diário de Justiça** de 16 abr. 2004, p. 88.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 77228/RS. [2007/0034711-6]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, STJ. 5. T. **Diário de Justiça**, 07 de fev. 2008, p. 1. Grifo nosso.

Ora, se determinado comportamento é reconhecido por um sistema de controle social menos grave que o Direito Penal como aceitável — ou ao menos como não intolerável — não há legitimidade para a incidência da norma penal, caracterizada como intervenção de *ultima ratio*, cuja incidência é mais restrita e limitada. Como atesta Figueiredo Dias: “se uma ação é considerada lícita (sc. conforme ao 'Direito') pelo Direito Civil, Administrativo ou por qualquer outro, essa licitude – ou ausência de ilicitude – tem de impor-se a nível do Direito Penal.”¹⁰³

Assim, como já referido nos arrestos acima citados, não há como não concluir que a decisão administrativa que reconhece a *licitude* do comportamento — se isenta de vícios e cercada das formalidades legais — interfere diretamente na seara criminal, porque afasta a *necessidade* deste último controle, pelo princípio da *subsidiariedade*.

1.4.4 Conceito de fato jurídico/fundamento

Ao citar no discorrer deste capítulo a presença constante de fatos e fundamentos iguais em diversos procedimentos sancionatórios, é preciso distinguir e conceituar.

Primeiro cabe aqui pontuar acerca do conceito de fato. Os acontecimentos, de maneira geral, são apenas fatos comuns, corriqueiros fazendo parte da rotina. O que os caracterizam como fato jurídico são as consequências que podem acarretar no mundo jurídico.

O simples ato de dirigir, por si só, é um simples fato. Dirigir causando prejuízo a terceiros é um fato jurídico. Observe que a chave da discussão não está no fato individualmente considerado, mas sim, na sua importância para o direito.

O fato, numa estrutura normativa, dá origem ao fato jurídico, mas também pode pôr termo a ele, como acontece, por exemplo, com a morte que extingue a relação jurídica penal.

Outra distinção fundamental é a que faz entre o fato em sentido estrito, como acontecimento natural não volitivo, e ato, como fato resultante da ação da volição humana (comportamento).

Em sentido amplo, fato jurídico é o acontecimento, previsto em norma jurídica, em razão da qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas.

¹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 388.

Na definição precisa de Pontes de Miranda, o fato jurídico nada mais é do que fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu regra jurídica.

O fato jurídico provém do mundo fático, porém, nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do mundo que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. 104

Ao dispor do conceito apresentado, importa ao ato, para ser fato jurídico, tem que estar inserido num conceito normativo, isto é, numa estrutura normativa, podendo assim classificar os fatos jurídicos de forma a se individualizar as suas espécies levando-se em conta elementos essenciais que possam caracterizar a presença de ato ilícito ou não (fatos contrários ao direito).

Assim, os atos praticados com violação a alguma norma ou em desacordo com o que se encontra estabelecido pelo ordenamento jurídico. No nosso ordenamento o ato ilícito é gerador de obrigações.

É ilícito um ato ou conduta se contrário ao direito — quando não há pré-exclusão de ilicitude, como na legítima defesa — e imputável a alguém com capacidade delitual — ex.: o absolutamente incapaz não pratica ato ilícito, mas age contra o direito (apesar disso, é responsável pela reparação do dano, conforme art. 928).¹⁰⁵

Podem-se analisar os fatos jurídicos ilícitos segundo seu suporte fático — quanto à natureza do direito ofendido, ou melhor, do dever descumprido — e segundo sua eficácia.

Dessa feita, no direito brasileiro, percebe-se que a ânsia punitiva ainda é reforçada pela quantidade de fatos jurídicos dispostos em diversos cadernos processuais, às vezes punindo o mesmo fato, somente com fato jurídico/fundamento diverso e, por isso, se justificaria a justaposição de esferas administrativas e penal, matéria mais debatida no capítulo que segue.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 222.

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219.

Capítulo 2

A MULTIPLICIDADE DE MANIFESTAÇÕES DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A COLISÃO COM O PRINCÍPIO DO *NE BIS IDEM*

É cediço que a autonomia e independência das instâncias punitivas é para o Estado Democrático de Direito um avanço nas possibilidades de limitar as condutas individuais, impedir desvios e principalmente impor sanções às ilicitudes cometidas. Tal independência permite que uma mesma conduta possa constituir, simultaneamente, irregularidade administrativa, civil e penal, sem que tais condenações dependam uma da outra.

Ocorre que, mesmo diante do assento constitucional da independência das instâncias julgadoras, e a proibição de uma condenação pelo mesmo fato ser uma das garantias do cidadão mais antigas, por vezes procedimentos punitivos reiterados, servem de forma contrária aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim, diante desse cenário de choque de decisões em esferas de julgamentos distintas e condenações repetitivas, a busca pelos antecedentes históricos ajudará na compreensão não somente do significado do *ne bis idem*, mas na percepção de que, na atualidade, sua aplicação diverge da formulação inicial do princípio.

2.1 Origem e manifestações históricas do princípio *ne bis idem*

Fatos demonstram que o *ne bis idem* tem origem, aproximadamente, nos anos de 123 e 122 a.C, no direito Romano. Sua presença foi especificamente verificada na edição da *Lex Repertundarum*, que fixou que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos.

“Há de ressaltar que o procedimento do *Repertundarum* era eminentemente civil, não tendo atingido especial relevância na esfera penal”, conforme chama atenção Barja Quiroga.¹⁰⁶

O nascimento do termo pode ser ainda citado por alguns escritos de Quintiliano ou, mesmo que com caráter marcadamente ético, a Gaio, constando registro dessa última referência no *Digesto* de Justiano – *bona fides patitur, ut bis idem exigatur* “a boa-fé não tolera que a mesma coisa seja exigida duas vezes”¹⁰⁷.

Ao proteger o exercício de um direito, não seria possível exercê-lo novamente, assegurando-se, à época, que um julgamento não poderia repetir-se, por ferir a segurança do primeiro julgado. Traz a doutrina relativa ao Direito Romano, que uma ação não poderia ser reclamada uma segunda vez, por estar “esgotada ou consumida”¹⁰⁸

Ainda na esteira de demonstrar algumas das diversas raízes do princípio *ne bis idem*, existem doutrinadores que defendem seu surgimento no Direito Grego, ao citar manifestações constantes em um discurso proferido por Demostenes contra Leptino, no ano de 355 a.C., quando o primeiro afirmou que a lei proibia que o mesmo fosse julgado mais de uma vez pelo mesmo fato.

Ao tratar sobre as principais manifestações históricas do *ne bis idem*, deve-se ressaltar, também, a presença dos decretos papais promulgada por Gregorio IX, em 1246, decreto este que continha que uma acusação não deveria ser renovada quando se tratasse dos mesmos crimes pelos quais o acusado já havia, em outro momento, sido absolvido.

No surgimento do *ne bis idem* não se encontram muitas referências relevantes, quando se trata das condenações constantes nos períodos medievais, haja vista o caráter absolutista das autoridades e a ausência de manifestos de defesas garantidoras dos direitos. A norma prática que buscava não imputar o acusado qualquer reiterada punição, deixa de ser utilizada quando não existe um ato de defesa, e muitas das condenações são emanadas de decisões de vontade com investigação própria.

No século XIII, com o surgimento dos sistemas processuais inquisitivos, pouco se encontra referência ao princípio do *ne bis idem*, pois, nesse novo procedimento característico dos povos medievais, quase não se atribuía a autoridade da coisa julgada, permitindo-se amplamente a busca da “verdade material”, em muitos casos, a qualquer custo.

¹⁰⁶ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis idem. Cuadernos Luis Jimenez de Asúan. 19*. Madrid Dykinson, 2004, p.15.

¹⁰⁷ Apud LEON VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulacion de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 34-35.

¹⁰⁸ Apud SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho actual*. Granada: Comares, 2005, p. 1094.

Foi apenas depois da Revolução Francesa (1789), mais precisamente por meio da Constituição francesa de 1791, que as sentenças penais receberam o efeito da coisa julgada e, como decorrência, a consolidação do princípio *ne bis in idem*: “nenhum homem absolvido por um júri pode ser detido ou acusado novamente pelo mesmo ato”.¹⁰⁹

Como se vê, o princípio do *ne bis in idem* foi alçado a nível constitucional:

*Article 9. En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés [...]. Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*¹¹⁰

Com o passar dos anos e a constante atualização das lições doutrinárias acerca do tema, bem como aparecimento de decisões do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) passou a haver a proibição de *bis in idem* para condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo. No capítulo 3, o tema será aprofundado, em especial com o estudo de alguns julgados advindos do Direito europeu. Por hora, serão relatadas apenas, em breve linha do tempo, essas manifestações históricas.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) passa a considerar, abusiva a aplicação simultânea de sanções penais e administrativas, conforme presente no Protocolo Adicional nº 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mantendo jurisprudência nesse sentido. Embora os documentos utilizados como fundamento das decisões refiram-se, expressamente, ao Direito Penal e, de forma semelhante, o Convênio de aplicação do Acordo Schengen limite a aplicação do *ne bis in idem* aos casos em que haja “sentença firme”, o TEDH interpretou esses dispositivos no sentido de que há vedação à dupla punição por ilícitos em sentido amplo e não apenas em relação às infrações penais.¹¹¹

Lucía Alarcón Sotomayor afirma que a decisão mais representativa da jurisprudência do TEDH é a sentença de 29 de maio de 2001 (caso Franz Fischer contra Áustria).¹¹² A autora relata que o indivíduo, em estado de embriaguez, atropelou, com

¹⁰⁹ LEON VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulacion de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 58.

¹¹⁰ FRANÇA. *Constitucion Française* (1791). Disponível em: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/cf91.pdf> Acesso em: 04 nov. 2020.

¹¹¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, jan./jun. 2018, p. 2.

¹¹² SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, p. 55 et seq.

seu veículo, um ciclista e se evadiu do local sem prestar socorro; posteriormente, o ciclista faleceu. O autor do atropelamento foi sancionado administrativamente por conduzir embriagado e, penalmente, por homicídio culposo. O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de *bis in idem*, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.¹¹³

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia também é contrária à punição penal e administrativa da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos, conforme será visto no capítulo 3. Ressalta-se, nesse contexto, que uma pessoa pode ser definitivamente julgada ainda que nenhum Tribunal haja se manifestado sobre os fatos objeto de reprovação e o Acordo de Schengen não subordina a aplicação do *ne bis in idem* à necessária tramitação prévia de um processo penal.¹¹⁴

Atualizando os temas para datas ainda mais próximas da nossa realidade, tem-se que no século XX, com o surgimento de diversos novos valores jurídicos, declarações de direitos e inúmeros tratados e convenções na qual por variadas vezes foi reconhecido e garantido como norma constitucional, garantia individual, impedindo o acúmulo de sanções por mesmo fato e fundamento. Na grande maioria desses documentos, o princípio do *ne bis in idem* foi reconhecido como garantia individual, impondo a proibição de múltipla persecução, mas também a proibição do acúmulo de sanções.

Nesse ciclo histórico e evolutivo do tema em destaque, fato é que somente após a segunda metade do século XX, com o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, é que começam a surgir novas manifestações doutrinárias e legislativas direcionadas a autorizar a aplicação do princípio.

¹¹³ Apud ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 52, jan./jun. 2018, p. 2-3.

¹¹⁴ JALVO, Belém Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero). In *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 162, p. 175-188, set./dez. 2003.

A nível apenas de contextualização, trazendo para nossa legislação brasileira, constata-se que simultaneamente existem tipificações como crimes e infrações administrativas gerais, encontrando-se inclusive utilização de mesmos conceitos e comandos normativos com alteração apenas das penas, mesmo tendo o princípio assento constitucional na estrutura democrática brasileira e se caracteriza como direito constitucional.

Já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal ainda no ano de 2007, acerca da proibição do *bis in idem* sobre a coisa julgada, conforme segue:

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar”.¹¹⁵

Dessa feita, a busca pelos antecedentes históricos serve como base para entender o atual cenário de autorização que órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado, legitimando a reiteração punitiva ao permitir que o acusado seja processado e/ou sancionado nas instâncias penal e administrativa geral, em desacordo com o que leciona o *ne bis in idem*.

2.2 Limites para aplicação do Princípio do *ne bis in idem*

Cabe esclarecer que o alcance desse tópico refletir-se-á na busca do fundamento para aplicação do princípio do *ne bis in idem* e sua extensão nas manifestações do estado sancionador, passando obrigatoriamente pelo conceito aplicado aos dias atuais e suas mais diversas óticas doutrinárias.

Como visto no item anterior, o *ne bis in idem* é um direito fundamental existente desde os primórdios das relações de julgamento, fulcrado na ideia central do impedimento de que ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pela mesma conduta.

A intenção de impedir a presença de múltiplas condenações pelo mesmo fato e sob o mesmo fundamento, pelo espectro de proteção do *ne bis in idem* veda o acúmulo de ações e condenações contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, mesmo que tramitando em juízes diversos.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n° 86.606. Relatora: Min. Carmen Lucia, 22 de maio 2007. 1. Turma, **Diário de Justiça eletrônico**, n° 072. Diário de Justiça, 03 ago. 2007, p. 86.

Imaginar que a definição do *ne bis idem* cinge-se, apenas, à matéria penal, desconsidera que sua aplicabilidade nos procedimentos administrativos tem elevado o nível das discussões, principalmente, acerca da limitação de sua resposta punitiva. Esses questionamentos perpassam, por exemplo, sobre ter uma Comissão Processante competência para aplicar uma pena mais “dura” do que o próprio Judiciário, ou mesmo, julgar e condenar antes de um procedimento penal.

Nas palavras de Rodolfo Tigre Maia, ao descrever o conteúdo do princípio é:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal”.¹¹⁶

A ideia básica do *non bis idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como "princípio geral do direito", que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja uma ou mais ordens sancionadoras, nas quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos, e sempre que não exista uma relação de supremacia especial da Administração Pública.¹¹⁷

Afirmar que o *ne bis idem* consagra a impossibilidade de um indivíduo ser condenado duas vezes pelos mesmos fatos é uma fórmula tradicional, todavia simplista. Aqui estão diversos posicionamentos que demonstram a complexidade da sua aplicação e extensão ao direito, sejam elas processuais, dogmáticas ou práticas, urgindo uma análise em separado.

Dividindo o alcance do princípio, é possível trazer inicialmente a *vertente processual*, “o objetivo que este princípio busca, desde suas origens, é conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado”¹¹⁸. Sob essa perspectiva, o

¹¹⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. ano 4, n. 16, 2005.

¹¹⁷ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Thomson Reuters, 2000, p. 27.

¹¹⁸ TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. **El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador. Tesis Doctoral**. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de

princípio assegura “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão”¹¹⁹.

Cabe explicar que após sua aplicação processual, acaba por vigorar a aplicação *material* do julgamento, ou seja, o impedimento de punição pelos mesmos fatos.

Atualmente, defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas na esfera administrativa ou penal, mas também por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos, tal ponto passa a ser determinante para o posicionamento jurisprudencial e doutrinário como proteção constitucional.

2.2.1 Fundamento do *ne bis idem*

O fundamento do *ne bis in idem* seria a contenção ou a limitação de resposta punitiva por parte do Estado, impedindo sua repetição, por outro órgão sancionador ou juízo.

Ultrapassada a ideia de que não existe um único caminho para se punir, ou um único procedimento engessado para aplicar a pena pelos órgãos sancionadores (*jus puniend*), cabe considerar que tais sanções podem e devem obedecer aos princípios constitucionais e suas imposições aos processos.

Um fundamento coerente para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios, indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, cujos meios não se revelem desproporcionais.

Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019, p.13

¹¹⁹ TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador. Tesis Doctoral*. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019, p. 306

2.2.1.1 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade na ordem constitucional brasileira:

[...] assume contornos mais sofisticados com funcionalidades distintas. Esse princípio, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais e do caráter aberto dos sistemas jurídicos, que demandam processos decisórios repleto de ponderações e raciocínios fundamentados [...].¹²⁰

A presença de regimes próprios de sanção pode criar uma falsa percepção de descontrole de aplicação de sanções, tornando-se necessária a preservação do modelo constitucional de sujeição a regras gerais e abstratas, valoradas em um sistema constitucional.

Sobre a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, a Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 22, § 3º, reza que “as sanções aplicadas ao agente [público] serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”¹²¹.

A concepção posta de que o Estado Sancionador não deve impor uma segunda sanção a quem já sofreu, ou deve imputar a pena com razoabilidade àquele que já cumpriu parte da pena imposta por outro órgão julgador, traz à nossa realidade uma limitação à multiplicidade de condenações, bem como o fortalecimento do princípio da razoabilidade.

Dessa forma, é consenso que o Poder Administrativo legalmente constituído, deve observar as normas constitucionais, definidoras das medidas que serão impostas em forma de sanção, a fim de adequá-las e torná-las proporcionais.

A percepção que se demonstra com o apanhado é que o desrespeito ao princípio da razoabilidade implica na imposição de uma dupla carga aflitiva ou de um excesso punitivo desproporcional pela imposição de mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo, o que por si só revela-se injusto como resposta punitiva por parte do Estado sancionador, frente ao cidadão infrator.

¹²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 199.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm Disponível em: Acesso em: 23 out. 2020.

2.2.1.2 Princípio da Equidade ou Justiça

Equidade, no vernáculo, possui significado correspondente a “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um.”¹²²

Previsto no Código de Processo Civil, o termo trata do a o respeito pelo direito de cada pessoa, adequando a norma ao caso concreto, pelo que se considera justo. É a apreciação e julgamento justo em virtude do senso de justiça imparcial, visando à igualdade no julgamento.

O princípio da equidade encontra-se previsto, expressamente, nos seguintes artigos e textos legais: Art. 212, §3º, da Constituição Federal; art. 413, 479, 928, parágrafo único, 944, parágrafo único e 953, parágrafo único, todos do Código Civil; no Código de Processo Civil encontra previsão no art. 140, parágrafo único.

No Direito Civil brasileiro, aplicar a justiça àquele caso em concreto, ou “justiça do caso em concreto” são formas de identificar a equidade.

Na lição de Silvio Salvo Venosa, equidade possui sentido literal de busca pela justiça e igualdade, com sua valoração a partir do caso em análise. Vejamos:

Tratamos aqui da equidade na aplicação do Direito e em sua interpretação, se bem que o legislador não pode olvidar seus princípios, em que a equidade necessariamente deve ser utilizada para que a lei surja no sentido da justiça. A equidade não é só o abrandamento da norma em um caso concreto, como também sentimento que brota no âmago do julgador. Como seu conceito é filosófico, dá margem a várias concepções. [...]. Entendamos, porém, que a equidade é antes de mais nada uma posição filosófica; que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma. Indubitavelmente, há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização.¹²³

Ainda em se tratando da aplicação da equidade para julgar, cabe trazer manifestação do Min. Fux ao tratar da equidade:

Substancialmente, o juiz ao decidir o mérito, deve adotar a ‘solução que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum’. Nesse particular, a lei, utilizando-se de conceitos juridicamente indeterminados, autoriza o juiz a inverter o velho silogismo e adotar a solução justa para depois vesti-la com a regra legal aplicável à luz da equidade e das exigências do bem comum, Assim, o juiz deve levar em consideração não apenas a letra da lei, senão ambiente em que ela vai ser aplicada, amoldando-a às novas realidades, sem contudo estar autorizado a decidir *contra legem*, Essa regra in procedendo funciona com plenitude quando há lacunas na lei.¹²⁴

¹²² EQUIDADE in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.

¹²⁴ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.479-480.

À luz do exposto, quando é considerada a aplicação do *ne bis idem*, há necessidade, na seara da finalidade do princípio da equidade, de buscar um equilíbrio entre as normas a serem aplicadas.

Mesmo havendo essa absoluta necessidade de buscar o equilíbrio das normas, bem como finalidade de sua aplicação, falta ao princípio da equidade fundamentos mais concretos e previstos expressamente na legislação a fim de ser um dos pilares para autorizar e impedir atos de julgamento por órgãos diferentes pelo mesmo fato.

Maia ao tratar do tema, aduz:

No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém receba mais de uma vez com a inevitável agruras de um processo criminal.¹²⁵

2.2.1.3 Princípio da dignidade da pessoa

Ottaviano Santiago busca extrair da dignidade humana um dos fundamentos da proibição do *bis in idem*, já que aquela opera como um limite para a atividade estatal¹²⁶. Ainda que se reconheça que a dignidade humana possa atuar como fundamento filosófico para toda e qualquer limitação ao poder estatal, não se entende que ela apresente densidade semântica suficiente a fundamentar diretamente o *ne bis idem*.¹²⁷

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Está prevista no artigo 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988¹²⁸ e fundamentado no direito à vida, impõe o impedimento de situações embaraçosas que acabariam por constranger o *jus puniendi* do Estado em detrimento da vontade pessoal de cada um de fazer justiça com as próprias mãos, no caso em tela, o acusado impossibilitado de utilizar preceito constitucional do princípio do *ne bis in idem*.

A ausência de limites para a abertura de processos sancionatórios, pelos mais diversos órgãos, traz ao réu o sentimento de ausência do fim das acusações. A dignidade da pessoa humana deve estar sempre pautada no respeito ao ser humano, nos valores e

¹²⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis idem*” e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 4, n.16, jul./set. 2005, p. 27.

¹²⁶ Ottaviano, Santiago. Op. cit. p. 742.

¹²⁷ As razões adotadas para partilhar dessa percepção podem ser conferidas em: COSTA, Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

bens a ele inerentes, como indivíduo e ser social e ter o cenário de infinitas possibilidades de condenação desrespeita o princípio disposto.

Dentre os estados que aderiram à positivação dos direitos humanos como direitos fundamentais, encontra-se o Brasil que, de forma inovadora, também reconheceu, no Título I, art. 1º da Constituição da República Federativa de 1988¹²⁹ a dignidade da pessoa humana como “princípio fundamental” do Estado democrático de Direito.

Conforme preceitua José Afonso da Silva:

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a *priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.¹³⁰

Percebe-se, assim, que entre os diversos meios utilizados para assegurar os direitos fundamentais, o constituinte utilizou-se do mais idealizador para assegurar a dignidade humana, incluindo-o no contexto paradigmático da Constituição Federal. Essa distinção, em relação aos demais direitos fundamentais, conduz a sociedade a uma segurança normativa, firmada em cláusula pétrea para que o Estado Democrático de Direito a exerça com presteza.

Para analisar a força normativa desse fundamento da República Federativa do Brasil, cumpre, na vasta doutrina que versa acerca dos direitos fundamentais resultantes de um contexto histórico-cultural, diante das características que compõe a hermenêutica dessa seara tão específica e rica do Direito Constitucional.

O viés da historicidade traz consigo a importância de lembrar a sociedade os momentos de luta pela evolução e concretização dos direitos fundamentais, cujo propósito é demonstrar, de maneira veemente, como nasceram, modificaram-se e desenvolveram-se ao longo da trajetória. Posta a questão, cabe trazer a afirmação de Norberto Bobbio, a respeito:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece

¹²⁹BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

¹³⁰ SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.56.

fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas¹³¹.

Sendo assim, é válido frisar a importância do caráter histórico-evolutivo, que traz à memória do povo, as lutas e conquistas significativas do homem, que conduziram à proclamação dos direitos fundamentais e deixa clara a possibilidade de não mais existirem em virtude do tempo e da constante evolução.

A universalidade revela o caráter “*erga omnes*” dos direitos fundamentais. Uma característica que indica sua abrangência e coloca a própria coletividade como sujeito de direito. Deixa de lado os pressupostos do antigo regime centralizador, para acolher um regime baseado em todos, independentemente da sua nacionalidade, crença, raça, sexo ou ideologias políticas. Deste modo:

[...] a universalidade, conduz à existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade que deve estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados”, tais premissas, dizem respeito a abrangência dos direitos fundamentais que denotam ao senso comum como um todo, não havendo limitações.¹³²

A imprescritibilidade e inalienabilidade, na visão panorâmica de Novelino, “são modelos de conteúdo patrimonial”¹³³, uma vez que dizem respeito aos direitos indisponíveis, intransferíveis e, também, imprescritíveis. Noutras palavras, o indivíduo não pode alienar o seu direito fundamental, como, por exemplo, a vida, nem muito menos conviver com um modelo de direito fundamental, cujo prazo prescreverá ao longo do tempo.

A relatividade, de acordo com a doutrina majoritária, revela que os direitos fundamentais não são absolutos. “Como todos os direitos são relativos, eventualmente podem ter seu âmbito de incidência reduzido e ceder (em prol de outros) em ocorrências fáticas específicas”¹³⁴. Isto é, a relatividade como característica peculiar dos direitos fundamentais deverá, sempre que necessário, observar a existência de outros direitos constitucionalmente consagrados, evitando, assim, uma possível anomalia.

A efetividade enseja, não apenas na positivação dos direitos e garantias expressos no bojo do texto constitucional, mas, também, a intervenção fiscalizatória por parte do Poder público, em relação à efetivação dos preceitos basilares pertinentes aos indivíduos que buscam a satisfação desses direitos. “A interdependência é uma característica que promove o auxílio mútuo entre os institutos constitucionais, baseado na diversidade de

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.19

¹³² NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2018, p.383.

¹³³ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2018, p. 384.

¹³⁴ MASSON, Nathalia. **Direitos e Garantias Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020, p. 244.

garantias¹³⁵. Portanto, as normas constitucionais, de caráter fundamental, seguem numa linha reta para auxiliar o ordenamento jurídico.

Por fim, temos a inviolabilidade que traduz ao próprio indivíduo méritos, cuja finalidade é garantir o que foi postulado pela Lei Maior, onde nenhuma autoridade pública ou ato normativo poderá desprestigiar ou restringir os direitos fundamentais, devendo estes, caso incorra no fato, receber uma penalização de cunho “Cível, Administrativo e Penal”.

2.2.1.4 Fundamento do *ne bis idem*

O princípio do *ne bis idem* está contido na Constituição Federal de 1988. Situa-se, não entre os direitos fundamentais positivados especialmente no art. 5º, mas no art. 1º, onde figura como consequência da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Situa-se, também, segundo Sirlene Nunes Arêdes:

No ordenamento jurídico brasileiro, o *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88, o qual prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. A relação do *ne bis in idem* com os princípios e direitos expressos na CRFB/88 e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional¹³⁶.

Para Schietti, que utiliza o referencial teórico dos países da família romano-germânica, o princípio do *ne bis idem*, como regra inerente à função jurisdicional do Estado, é fundamentado na necessidade de estabilidade, de segurança para a saúde do sistema jurídico e complementado pelo princípio da confiança que deve nortear as relações entre Estados e seus súditos¹³⁷.

Em termos gerais, o princípio *ne bis in idem*, vem sendo aplicado, atualmente, em dois sentidos: a) na vertente processual, que corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e b) no âmbito material, que

¹³⁵ ALVES, Tadeu Furtado de Oliveira. Conceito e características dos direitos humanos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 out 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49894/conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹³⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade** n. 52, p. 204 a 240 jan./jun. 2018, p. 227.

¹³⁷ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.¹³⁸

Ao tratar do tema, León Villalba observa que:

Na atualidade, o princípio superou a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual interno, ou no máximo de caráter bilateral entre uma sentença interna e outra de um país estrangeiro, quer dizer o efeito processual externo, incorpora uma vertente substancial que deixa sentir seus efeitos, essencialmente, na regulação de hipóteses de concorrência de normas sancionadoras sobre um mesmo fato, aplicando a máxima em seu conjunto, no que temos denominamos de proteção internacional do princípio. Mas o que sem dúvida alguma constitui o ponto fundamental [...] é a possibilidade de aplicar o princípio *ne bis in idem* às hipóteses de concorrência entre sanção administrativa e penal [...].¹³⁹

A alusão ao princípio *ne bis in idem* é feita por meio de fórmulas de diversas extensões, podendo ser agrupadas em uma de alcance mais restrito e outra de alcance mais amplo:

a) a fórmula de alcance limitado, restrito, se refere apenas à reação penal material, isto é, à consequência da perpetração de um fato punível. Essa limitação é claramente apontada no texto do artigo 103, inciso III, da Constituição da República da Alemanha: “ninguém pode ser apenado várias vezes pelo mesmo fato”.¹⁴⁰

Essa forma de regular a garantia, por seu alcance e pela oposição ao conceito mais amplo, é denominada de “sentido meramente material”. A consequência mais importante que dela se deriva é a carência de recursos jurídicos para admitir a revisão de uma sentença definitiva, mesmo contra o imputado absolvido ou condenado por um fato punível menos grave ou a uma pena mais leve que a correspondente e, em geral, a ausência de previsão jurídica para conceber o recurso do Ministério Público contra a sentença. Com efeito, o único que a sentença garante, especialmente quando se refere à pena, é que uma pessoa não sofra a reação penal mais de uma vez.

Conforme Saboya, a segunda fórmula seria:

b) [...] de alcance mais amplo, no sentido de impedir a múltipla persecução penal. Por ela se estende como garantia de segurança para o imputado, no âmbito do procedimento penal. Por essa razão, tem também sentido

¹³⁸ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem*: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, p. 150.

¹³⁹ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem*: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, p. 150

¹⁴⁰ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem*: Limites Jurídico-Constitucionais à Persecução Penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020, p. 150.

processual e cobre o risco de uma nova persecução penal quando já encerrada uma anterior ou ainda em curso.¹⁴¹

O principal efeito da regra, assim concebida, consiste em impedir absolutamente toda possibilidade de estabelecer o recurso de revisão contra o imputado absolvido ou o condenado por um delito mais leve; em conjunto com o direito ao recurso do condenado determina, também, possibilidade do acusador de recorrer da sentença, ao menos em alguma instância. Além disso, a forma ampla do princípio, em tela, estende sua influência ao mesmo trâmite processual, declarando inadmissível o regresso sobre uma persecução penal já esgotada.

Por fim, ainda existe uma fórmula intermediária, como a da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que concede apenas ao acusado, absolvido por sentença transitada em julgado, a garantia de não ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Diante do demonstrado, o fundamento do princípio *ne bis in idem* busca a necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal desmedido, considerando o caráter repressivo do Direito Penal e de que cada indivíduo somente responderá à sanção correspondente e suficiente para os seus atos, passando a obedecer às garantias constitucionais.

Assim, com base nas informações descritas acima, “caminha-se” para a inclusão da impossibilidade de cumulação de decisões sobre o mesmo recorte do fato, sujeito e fundamento, cabendo a aplicação do princípio do *ne bis in idem* como garantia constitucional, que não pode ser mitigada, mesmo com a garantia de independência das instâncias em que os processos tramitam.

2.3 Pressupostos de aplicação do princípio do *ne bis in idem* nas sanções administrativas e sanções penais

A par das considerações e análises já pontuadas, sobre evolução e conceituação do princípio do *ne bis in idem*, inicia-se, agora, um aprofundamento teórico-analítico das sanções administrativas e penais. Esse foco é essencial para a correta interpretação dos institutos do Regime Constitucional Sancionador à luz da teoria da unidade do poder punitivo estatal e, especialmente, a formatação de soluções para sua aplicação no

¹⁴¹ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem*: Limites Jurídico-Constitucionais à Persecução Penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020, p. 150.

ordenamento jurídico brasileiro, com a devida cautela, com base nos direitos fundamentais.

Nos moldes atuais, a manutenção das sanções estatais como poder autônomo, desassociado dos outros poderes sancionadores não encontra guarita legal, quando confrontada com os direitos fundamentais, conforme já descrito. Nesse sentido, a forma de tratamento e respaldo que o aparelho estatal destina aos direitos fundamentais é o que definirá o maior ou menor grau de amadurecimento democrático e de justiça social de uma determinada nação.¹⁴²

Quanto a aplicação das sanções administrativas e penais deve-se observar as identidades de sujeito, de objeto, de fatos e fundamentos para, assim, iniciar sua aplicação.

No que tange à identidade de sujeitos, a aplicação pode ser estendida a indivíduos e empresas. Aduz Costa, nesse sentido que:

Dessa forma, resta aberto o caminho para o sancionamento de empresas no campo administrativo, já que as sanções passíveis de aplicação são idênticas às penas (até por questões ontológicas) e o direito administrativo sancionador é mais adequado e eficiente neste campo.¹⁴³

Quanto à identidade de objeto e fatos passíveis de aplicação das sanções condenatórias, devem ser observados pelo julgador, se a presença de tais delitos (fatos) podem ser devidamente tipificados, servindo como fundamento para condenação.

Nesse sentido, cabe trazer lição de Juarez Cirino dos Santos:

A fórmula adequada estaria da fusão dos conceitos de ação e tipo legal, integrados na unidade do conceito de ação típica: a divisão ou delimitação daquele *continuum* em unidades significativas de ações ou de omissões de ação, não pode ser realizada isoladamente, nem pelo conceito de ação nem pelo conceito de tipo legal, mas pelo conceito de ação típica, em que a ação aparece como portadora do e contida no tipo legal – ou seja, a ação como conteúdo e o tipo legal como forma do conteúdo para existência como ação típica em pluralidade material, formal ou continuada no Direito Penal.¹⁴⁴

Sobre a terceira hipótese de identidade, o fundamento jurídico, pode se afirmar que restringe-se na previsão legal, ou seja, eventual interesse jurídico protegido pela

¹⁴² MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis idem*” e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 4, n.16, jul./set. 2005. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>. Acesso em: 02 nov. 2020, p. 65.

¹⁴³COSTA, Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217-218

¹⁴⁴ SANTOS Juarez Cirino. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 407.

letra da lei (seja penal ou administrativa), havendo para isso cadernos legais específicos para cada fundamento.

É exatamente nesse contexto - em que se busca fazer o recorte das diferenças, para aplicar corretamente as decisões administrativas e penais, respeitando a independência das instâncias, sim, mas buscando a comunicação entre elas, sob o viés da vedação ao *bis in idem* - que o aprofundamento faz-se necessário .

A construção legal, até hoje, de possível julgamento cível, penal e administrativo de atos praticados no exercício da função administrativa (gestor por exemplo), ainda que possuam materialmente o mesmo fato dão ao réu a percepção de que não haverá um fim próximo, ante o conjunto de reiteradas possibilidades de punição nas diversas instâncias de processamento.

O respeito ao texto constitucional e a proteção das garantias fundamentais torna necessário inserir o termo sanção administrativa sob a ótica doutrinária. Quer se dizer com isso, que não se trata, aqui, da abordagem de um exame simples da percepção do conceito do Direito Administrativo, mas sua aplicação para não ferir direitos fundamentais.

Para que se analise o termo sanção administrativa, deve-se ter em mente o seu conceito básico oriundo de uma restrição jurídica, atribuída pelo legislador a um dado comportamento ilícito, tendo como sujeito competente a própria Administração Pública.

As sanções administrativas, inseridas no campo do Direito Administrativo Sancionador, sujeitam-se a um verdadeiro complexo de normas e princípios, tendo como propósito principal prevenir ou reprimir condutas lesivas.¹⁴⁵

A prevenção cinge-se no caráter educativo e pedagógico, evitando que o faltoso cometa novas infrações, e no caráter repressivo, que impõe a pena necessária para impedir que o Estado e a própria sociedade sofram prejuízos. Ora, ambas as características se confundem com as finalidades dos processos judiciais, mas conforme já explicitado acima, tramitam em searas distintas podendo, inclusive, ter resultados díspares.¹⁴⁶

Mesmo ciente da permissão de condenações serem aplicadas por outros órgãos que não integram o Poder Judiciário, importa ressaltar que toda sanção condenatória,

¹⁴⁵ COSTA, Alexandre Massarana da. Direito punitivo estatal: as sanções aplicáveis pela administração pública no âmbito dos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5281, 16 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59179>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁴⁶ COSTA, Alexandre Massarana da. Direito punitivo estatal: as sanções aplicáveis pela administração pública no âmbito dos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5281, 16 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59179>. Acesso em: 13 out. 2020.

incluindo a administrativa, deve apresentar adequação, razoabilidade e proporcionalidade compatível com a reprovabilidade do comportamento típico e antijurídico e/ou de seus efeitos, quando for o caso.

Assim, das sanções administrativas deve-se auferir a relação direta com os princípios fundamentais do Direito Processual Penal, que podem ser aplicados às sanções administrativas, com as devidas adaptações, em razão de que ambos os processos possuem natureza restritiva de direitos.

Nesse contexto, cabe trazer à baila, manifestação de Celso Bandeira de Melo:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que a aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção.¹⁴⁷

Ora, a manifestação da autoridade competente, ao examinar além de ser averiguada por intermédio da formalização de um processo administrativo, pois não cabe ao gestor um juízo pessoal e subjetivo sobre a situação, de modo que venha suprimir a abertura de procedimento e aplicar qualquer pena à revelia dos princípios constitucionais.

Segundo a doutrina, princípios e regras identificam-se como normas jurídicas por serem prescrições que autorizam a coerção. Apesar de os institutos se assemelharem, entretanto, as regras têm menor grau de abstração e generalidade, se comparadas aos princípios. A aplicabilidade dos princípios deve levar em consideração a natureza do processo, sendo que os processos administrativos disciplinares, que objetivam apurar uma infração cometida pelo particular na execução de um contrato administrativo, podem ser considerados como processos restritivos de direito. Isso, porque se inserem no mesmo rol daqueles que causam uma diminuição na esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque ampliam dever já existente ou, ainda, suprimem direito existente.¹⁴⁸

Os diversos entendimentos sobre as respectivas separações das sanções penais e infrações administrativas, a sua relação para com o princípio do *ne bis in idem* e a atuação na Administração Pública como um limite, impedem que se imponha uma

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 797.

¹⁴⁸ PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito**. v. 26. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, ou ainda que durante a investigação administrativa se proponha punições diversas ao servidor em relação a único ilícito.

Assim nessa primeira linha de abordagem, frente a outras que deverão vir, observa-se que o sistema constitucional atual visa respeitar a estabilização das situações por meio do fortalecimento da segurança jurídica, garantindo o devido processo legal sob o viés substancial, o que se mostra efetivamente consentâneo às exigências e garantias dos direitos fundamentais.

2.4 Aplicação do princípio do *ne bis idem* nas decisões dos tribunais superiores

Como visto, no item 2.2.1.4, o *ne bis in idem* é considerado direito fundamental não expresso, inserido no sistema pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988¹⁴⁹. Sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garante o *status* de norma constitucional, afirmação esta que o torna objeto de manifestações constantes nos Tribunais Superiores.

A tramitação dos processos judiciais e administrativos, concomitantes ou não, devem obedecer aos princípios do devido processo legal, da segurança jurídica e da intangibilidade da coisa julgada, que são direitos e garantias constitucionais, cuja eficácia e efetivação para as partes e, até, para o julgador dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e, de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa geral.

A existência do *ne bis in idem* como direito fundamental, não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A tendência da doutrina é identificar a unidade de fato, para aplicar a esses casos as regras do concurso aparente de normas que impedem a dupla punição. Contudo, consoante destacado por Frederico Gomes de Almeida Horta, a unidade de

¹⁴⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

fato é “a síntese da superavaliação normativa das normas incidentes, determinante da exclusão de uma pela aplicação de outra, segundo o princípio *non bis in idem*”¹⁵⁰.

Feito o aparato da parte doutrinária e conceitual, que coube nessa primeira parte dos estudos, chega o momento de relacionar a teoria com algumas manifestações do Poder Judiciário.

2.4.1 Aplicação da jurisprudência sob a ótica do Direito Penal pelos tribunais superiores

A convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil no ano de 1992, assegura que o “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido ao novo processo pelos mesmos fatos”. Mesmo presente a importância do marco de país signatário da Convenção, a interpretação restritiva deixa algumas lacunas.

Interpretação literal conduz ao limitado alcance da norma, com proteção apenas parcial seja por mencionar o absolvido e não o condenado, seja por prever a não submissão a novo processo e não a nova sanção, seja por mencionar o trânsito em julgado.¹⁵¹

A tentativa de inibir a instauração de novo processo diante do mesmo fato, é a clara demonstração da aplicação do princípio no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já tem dezenas de julgados sobre o tema.

Nesse ponto considerando o *status* constitucional do princípio do *ne bis idem*, e sua aplicação pelo Poder Judiciário, trazendo à baila trechos essenciais da doutrina nacional, ensina Marcio Luis de Oliveira:

[...] os direitos, garantias e deveres fundamentais refletem a evolução jurídica de um povo; justamente por isso, compõe seu sistema constitucional. A própria concepção sobre os limites da atividade punitiva do Estado evoluiu, vedando-se hoje, por exemplo a possibilidade de a pena ultrapassar a pessoa do condenado (Constituição, art. 5, inciso XLV) e pena capital (Constituição, art. 5, inciso XLVII, alínea a). Mais do que compor formalmente os diferentes sistemas jurídicos, tais transformações, verdadeiras conquistas historicamente construídas, delineiam a própria identidade jurídica dos povos que as obtiveram.”¹⁵²

¹⁵⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007 p. 83.

¹⁵¹ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis idem*” e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 4, n.16, jul./set. 2005.

¹⁵² OLIVEIRA, Marcio Luís. **A constituição devidamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2016, p. 431 e 433.

Em 13/12/1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em sessão Plenária, a Súmula nº 19 proibindo o *bis in idem*: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.”¹⁵³.

De lá para cá, são várias as manifestações do Supremo Tribunal Federal, denotando a tentativa de regulamentar a aplicação de condenações por fatos iguais.

EMENTA: Servidor público: punição administrativa: *ne bis in idem* (Súm. 19): incorrência. Não obstante as sanções de suspensão e demissão tenham sido sucessivamente aplicadas ao mesmo fato, não há *bis in idem*, vedado pela Súmula 19, se, para aplicar a demissão, o Presidente da República anulou previamente a suspensão, por incompetência da autoridade inferior que a impusera.¹⁵⁴

Analisando o trecho da ementa, é possível destacar entendimento constante na súmula, ao analisar se as punições versam sobre mesmo fato e fundamento.

A aplicação do *ne bis in idem* tem suas limitações expressas pela jurisprudência dos tribunais superiores, daí a necessidade de continuar a pontuar sua aplicação:

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional”, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. [...] Nesse contexto, princípios como o devido processo legal e o juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo”.¹⁵⁵

A proteção do princípio do *ne bis in idem* encontra guarita jurisprudencial ao assegurar garantias no processo penal, que impedem que o acusado seja processado e condenado, pela coincidência de fatos, e desde que observado alguns importantes pontos.

A diferença de o [sic] *ne bis in idem* tenha origem mais ligada à sua vertente processual, muitos diplomas legais tendem a deixar clara sua dupla face de garantia: de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente material, a conferir ao acusado o direito de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato; de outro lado, fala-se no aspecto processual, pelo qual se assegura ao réu o direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Importante distinção entre os aspectos material e processual do *ne bis in idem* reside nos efeitos e no momento em que se opera essa regra.¹⁵⁶

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 19. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Aprovação em 13 de dezembro de 1963. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2102>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.146. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 19 de agosto de 1999. Plenário. **Diário de Justiça**, 24 set. 1999. Grifos nossos.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.263/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão, 20 de fevereiro de 2003. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 jun. 2003.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.123-SP. Min. Rogerio Schietti Cruz. 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça eletrônica**, 22 out. 2018. [Trecho voto].

A jurisprudência do STF não assegura ao acusado a garantia processual do *ne bis in idem* ao admitir que o inquérito judicialmente arquivado por falta de provas possa gerar ação penal, se novas provas forem juntadas ao procedimento: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”¹⁵⁷.

De fato, como bem decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos elementos constitutivos de uma ação encontram-se três requisitos:

“a) legitimidade ativa e passiva; b) causa de pedir; c) pedido. [...] a teoria geral do processo civil só parcialmente se projeta na teoria geral do processo penal, dado, por exemplo, neste último, não haver pedido, no sentido do processo civil, porque inexistente lide, só analogicamente, far-se-á a aproximação. Não há lide porque, juridicamente, o Ministério Público não se opõe ao réu; ao contrário, os interesses se encontram no mesmo ponto: não haver punição senão pelo fato cometido. [...] Apesar da aproximação dos institutos, na área processual penal, projeção do princípio da reserva legal, impossível punir a pessoa, duas vezes, pelo mesmo fato. Resulta do comando penal – *non bis in idem*. Com isso, afasta-se, terminantemente, a fluência de processo, cuja denúncia repita fato em curso, ou definitivamente apreciado em outro processo” (colhido do voto condutor).¹⁵⁸

Analisando o caminho trilhado pelas decisões, vê-se que a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

Em manifestações anteriores a 2015, aduzia o STF, refletindo o entendimento majoritário sobre a aplicação na esfera condenatória penal:

a) Sobre a reincidência e o princípio do *ne bis in idem*

O aumento da pena em função da reincidência encontra-se expressivamente previsto no art. 61, I, do CP, não constituindo bis in idem.¹⁵⁹

b) Sobre fatos distintos praticados no mesmo contexto:

A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a orientação desta Suprema Corte no sentido de que, cuidando-se de processos criminais

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 524**. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas. Aprovação em 13 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2102>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁵⁸ No julgamento do HC nº 4.32568.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.626. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de março de 2008. 1. T. **Diário de Justiça Eletrônico**, 2 maio 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93.815. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 4 de abril de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 6 maio 2013. Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 453.000. Relator: Ministro Marco Aurélio, 4 de abril de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 3 out. 2013. Repercussão Geral. Tema 114.

diversos e fatos distintos (ainda que praticados em um mesmo contexto), não há que se falar em bis in idem.¹⁶⁰

c) Sobre dupla valoração dos fatos e o *ne bis in idem*, tem-se:

[...] na fixação da pena-base, fez referência à circunstância de ter sido o crime cometido por três agentes, o que teria reduzido a capacidade de defesa da vítima. Na terceira etapa da individualização, aplicou a causa de aumento relativa ao concurso de agentes pelo mesmo fato, em franca violação ao postulado *ne bis in idem*. Constrangimento ilegal configurado.¹⁶¹

Reiteração da conduta imputada ao paciente considerada na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, com a aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva do art. 71 do CP. **Somente existe bis in idem quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime, não havendo que se falar em dupla valoração dos mesmos fatos quando se tratar de aplicação de pena para crimes diversos, praticados em concurso material.**¹⁶²

A ponderação das circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*.¹⁶³

O mais amplo espectro de atuação e aplicação dos princípios fundamentais garantidores do interesse público, passam obrigatoriamente pelo interesse tutelado, e essa análise passa pelas condutas imputadas no ordenamento e na sua aplicação pelos órgãos julgadores.

Daí a intenção de demonstrar através dos julgados citados a existência de um concurso de leis, artigos a serem aplicados a cada caso prático, exigindo ao final o conhecimento e diferenciação de cada fundamento, a fim de excluir o *ne bis idem*.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.621/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Néri da Silveira, 8 de junho de 2001. 2. Turma. **Diário de Justiça**, 8 jun. 2001. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.501. Relator: Ministro Dias Toffoli, 24 de agosto de 2010. 1. T. **Diário de Justiça Eletrônico**, 22 nov. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.985. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de fevereiro, de 2011. 2. Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 abr. 2011. Grifo nosso.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.556. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 31 de maio de 2011. 1. T. **Diário de Justiça Eletrônico**, 1 jul. 2011. Grifo nosso.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470. EDj-décimos quintos. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 5 de setembro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 out. 2013. Grifo nosso.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.599. Relatora: Ministra Rosa Weber, 3 de dezembro de 2013. 1. T. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 fev. 2014. Grifo nosso.

2.4.2 Da aplicação do princípio do *ne bis idem* e a independência das instâncias na tramitação dos processos administrativos, cíveis e penais

No Brasil, mesmo havendo a influência de outros sistemas jurídicos, a doutrina majoritária e a jurisprudência ainda sustentam a autonomia quase absoluta entre as instâncias penal e administrativa geral.

Um dos fundamentos dessa autonomia é o entendimento segundo o qual a competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo. Fica claro, assim, que a defesa do entendimento esposado, é que a Constituição Federal e as Leis que criam e distribuem as competências para os órgãos garante a autonomia.

Essa competência de exercício entre os poderes é fundamento para a autonomia das instâncias, para a independência das infrações e soberania das sanções administrativas em relação às penais por se entender que os mesmos fatos assumem valorações autônomas, entendimento calcado na ausência de conflitos entre os poderes e independências decisórias.

A independência das instâncias, na ordem jurídica brasileira, não se restringe às relações entre as vias penal e administrativa. A criação de “novas instâncias” punitivas, caracterizadas por distintas autoridades competentes para processar e punir fatos já objeto de fiscalização e de punição por outras esferas, é sustentada por essa teoria. Admite-se, portanto, que o Poder Legislativo, ao atribuir competência punitiva a órgãos e poderes diversos, multiplique o exercício do poder punitivo estatal.¹⁶⁴

O sistema vigente limita os efeitos constitucionais da coisa julgada, por autorizar que órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado. A ordem jurídica brasileira reconhece a interdependência entre as instâncias apenas em razão de raras situações legalmente determinadas, caracterizadas, não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos, mas como liberalidade do poder executivo.

¹⁶⁴ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-993GAV>. Acesso em: 11 set. 2020, p. 198.

São várias as decisões do STF, no sentido da incomunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, em razão da autonomia e independência a elas atribuídas, cuja fundamentação se limita aos precedentes do Tribunal.¹⁶⁵

Em posição divergente da maioria dos julgados, o voto do Ministro Relator do MS nº 21.293, aponta os fundamentos da independência e autonomia entre as instâncias nos seguintes termos:

Apregoa o Impetrante a circunstância de estar sendo processado, pelo homicídio, perante a Justiça estadual, mas a definição dessa competência, em matéria criminal, que se deduz da ocorrência, ou não, do detrimento de bens, serviços ou interesses da União, tem pressupostos não coincidentes com aqueles que serviram à capitulação da transgressão disciplinar, perante os elementos acima considerados.¹⁶⁶

Ainda no mesmo julgado, o Ministro Marco Aurélio votou pela comunicabilidade das instâncias penal e administrativa:

Há o segundo tema e creio que tenho convencimento, no Plenário, praticamente isolado. Minimizo a regra segundo a qual há independência entre as três espécies de responsabilidade – penal, civil e administrativa – quando temos coincidência entre as figuras ou pelo menos quando a da transgressão administrativa se aproxima, e se aproxima sobremaneira, da penal. Se, com a atual Carta, veio à baila preceito no qual se estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não posso, se há essa proximidade entre as duas figuras, concluir pela independência absoluta dos processos.¹⁶⁷

A divergência em relação à jurisprudência dominante no STF é mantida pelo Ministro Marco Aurélio Mello que, com fundamento no art. 5º, LVII, da CRFB/1988, defende a revisão do postulado da independência entre as esferas penal e administrativa.

É possível concluir que a teoria da independência entre as instâncias foi estabelecida, na jurisprudência do STF, em função dos processos judiciais que envolvem punições de servidores públicos e com supedâneo na doutrina administrativa que defende a autonomia da responsabilidade administrativa disciplinar em relação à punição penal.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.625-6/DF. Relator: Ministro Maurício Correa, 8 de novembro de 2001. Plenário. **Diário de Justiça**, 27 jun. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.188/RJ. Relatora: Ministro Ellen Gracie, 28 de novembro de 2002. Plenário. **Diário de Justiça**, 19 dez. 2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.545/ SP. Relator: Ministro Moreira Alves, 11 de março de 1993. Plenário. **Diário de Justiça**, 2 abr. 1993; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.880/DF. Relator: Ministro Eros Grau, 7 de fevereiro de 2007. Plenário. **Diário de Justiça**, 16 mar. 2007.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mando de Segurança nº 21.293**. Relator: Ministro Octávio Galotti, 3 ago. 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur112500/false>. Acesso em: 6 dez. 2020.

Todavia a autonomia e a independência da esfera administrativa disciplinar – fundamentada nas relações especiais que os servidores públicos mantêm com o Estado – foram transpostas para o âmbito das relações gerais.

Em relação à autonomia entre as sanções aplicadas na via penal e na administrativa geral, os fundamentos são explicitados em um acórdão do STF anterior à Constituição Federal/1988, de lavra do Ministro Rafael Mayer. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente punido pela mesma conduta – dirigir veículo sem habilitação – na esfera administrativa (art. 89, I, da Lei 5.108/66 – Código de Trânsito revogado) e na penal (art. 32 da Lei das Contravenções Penais), que foi denegado por se entender que há diversidade na:

[...] natureza e objetividade jurídica das normas que sancionam a mesma conduta, em um e outro fundamento legal, não importando até mesmo a sua simultânea aplicabilidade em *bis in idem*, pois enquanto a multa prevista na lei de trânsito tem a ver com o exercício do poder de polícia administrativa, que se cumpre no âmbito da Administração, a multa contravencional tem o verdadeiro caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, em repressão contra a conduta voluntária que põe em perigo o bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja a incolumidade pública. São normas, portanto, que não se conflitam e, de conseguinte, não interferem para efeito de revogabilidade.¹⁶⁸

Verifica-se que a decisão exposta fundamenta a autonomia entre as instâncias, protege a competência da autoridade para imposição da sanção e admite a ausência de natureza repressiva da multa administrativa, permitindo natureza diversa em relação às sanções penais.

O *ne bis idem* garante a presença do devido processo legal, ao permitir que determinado acusado seja condenado ou absolvido pelo Estado sancionador, e entre suas garantias de defesa possa invocar a seu favor penas ou procedimentos anteriormente aplicados pelo estado, e que tiveram decisões emanadas por outros órgãos estatais.

Assim, a atribuição e aplicação das penalidades pelos entes não são vedadas, devendo, portanto, não ocorrer de forma simultânea com exercício do mesmo poder por outros órgãos estatais ou entes federados, sob pena de suplantar direito constitucional, até aqui discutido.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 62.196/MG. Relator: Min. Rafael Mayer, 26 de fevereiro de 1985. 1. Turma. **Diário de Justiça**, 15 mar. 1985. Grifo nosso.

Capítulo 3

NE BIS IDEM NO DIREITO EUROPEU E SUA INFLUÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Para analisar a aplicação do *ne bis idem* no Direito europeu e sua influência no Judiciário brasileiro, serão verificados os elementos utilizados pelo sistema jurídico europeu diante do paradigma da cumulação das sanções penais e administrativas. Será constatada a posição atual europeia sobre a proteção dos Direitos Humanos e seus instrumentos mais relevantes, quais sejam a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o Acordo e Convenção Schengen e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como as características do *ne bis in idem* e sua disposição na CEDH.

Na aplicação das normas pelos Estados será observada a importância do controle realizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Essas cortes, apontadas como tribunais superiores, possibilitam à população requerer a proteção de seus direitos fundamentais diante da atuação desproporcional dos Estados.

Após essa análise, voltar-se-á ao Judiciário brasileiro para análise e aprofundamento da violação ao *ne bis in idem* à luz desses novos elementos e sua influência no Direito brasileiro.

3.1 O sistema jurídico penal na União Europeia

A criação da União Europeia iniciou-se a partir do final da segunda grande Guerra Mundial. Devido ao caos na Europa, a necessidade de uma recuperação urgia a colaboração entre os Estados. O francês Jean Monnet idealizou a recuperação do continente Europeu, por meio da união dos Estados e do respeito a alguns princípios eleitos para nortear as relações internacionais europeias, como: a) a união dos homens; b) primazia do Direito sobre a força; c) igualdade de direitos; d) delegação de soberania;

e) força das instituições. Dessa forma, iniciaram-se as ideias paraeuropeias e, em 1946, Churchill propôs a criação dos Estados Unidos da Europa. Em 1949 foi criado o Conselho da Europa, com o objetivo de ser guardião dos valores ocidentais, direitos humanos, democracia pluralista e hegemonia do Direito. Já em dezembro de 1991, o Conselho Europeu de Maastricht aprovou o Tratado da União Européia¹⁶⁹.

Observa-se, no sistema jurídico penal na União Europeia, a existência de um movimento tendencial pela viabilização do Direito Penal próprio, que evoluiu em Maastricht, Amsterdam e Tampere. Essa expansão é uma das consequências da evolução histórica, iniciada em meados do século XX, da fortificação dos espaços regionais de cooperação. Caracterizado pela globalização, ampliou os meios de comunicação e eletrônicos, impulsionou as diversas formas de criminalidade, como o terrorismo, corrupção estruturada, tráfico de seres humanos, entre outros. Esse movimento com características organizadas e submetido ao Direito Penal, como uma regra comunitária, permitiu que os mais variados tipos de sanções penais fossem aplicados no âmbito da União Europeia¹⁷⁰.

A harmonização de leis penais na União Europeia iniciou-se a partir das disposições existentes no Tratado da União Europeia - TUE, denominado Tratado de Maastricht. O preâmbulo do tratado citado, tem como principal objetivo “a facilitação da livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da inclusão, no presente Tratado, de disposições relativas à justiça e aos assuntos internos.”¹⁷¹

Assim, a adoção do reconhecimento mútuo no sistema jurídico penal da União Europeia é consequência da fluidez da sociedade no espaço comunitário, apontando que sua aplicabilidade está condicionada à relação de confiança recíproca entre os Estados-Membros. Primordial, pois, o reconhecimento mútuo para os sistemas de justiça criminal dos países envolvidos da UE, para que haja pertinência das disposições legais, viabilizando a correta aplicação e para que sejam compartilhados os valores fundamentais do mundo ocidental, evidenciando-se os princípios basilares de liberdade, democracia e de direitos humanos, e ao mesmo tempo aliados aos mecanismos internos para a proteção.

¹⁶⁹ GARCIA, Fábio Bittencourt. Breves considerações sobre a união européia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007, p.1 Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁷⁰ SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 219-251, jan.-abr. 2019, p.4

¹⁷¹ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldade. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 819-854, mai.-ago. 2019, p.821

Nesse sentido, no Título VI do Tratado estão previstas as medidas de cooperação de justiça e de assuntos internos, que são conceituadas como questões de interesse comum, que envolve a cooperação judiciária em matéria penal (artigo k.1, n.º 7, do TUE) e a cooperação policial na prevenção e persecução de modalidades específicas de criminalidade (artigo k.1, n.º 9, do TUE)¹⁷².

Ainda no âmbito do sistema jurídico penal na União Europeia, foi evidenciado o Tratado de Lisboa, criado no ano de 2009, conhecido primeiramente como “Tratado Reformador”. Recebeu esse nome por modificar os diplomas antecessores, tendo entrado em vigor com o objetivo de reforçar os instrumentos e finalidades, ampliando e consolidando o “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, conforme exposto no artigo 67, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que diz que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”, viabilizando a observância à tradição jurídica da União Europeia¹⁷³.

Deve-se destacar que o Reino Unido sempre foi favorável à adoção de medidas de reconhecimento mútuo em nome da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial. Não é de surpreender que o Reino Unido também participe da adoção da Diretiva 2104/241/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre a Ordem de Investigação Europeia em Matéria Penal (“EIO”), de acordo com o artigo 36, n.º 1¹⁷⁴.

A última ordem mencionada substitui a anterior Decisão-Quadro 2008/978/JHA do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, sobre o mandado europeu de obtenção de provas, para fins de obtenção de objetos, documentos e dados para utilização em processos em matéria penal. Na verdade, o Reino Unido tinha já anunciado a sua concordância com essa mudança e a sua vontade de aceitar o EIO, mas a proximidade do “*Brexit*” termo referente à decisão do Reino Unido de deixar a União Europeia (UE), que torna a sua transposição e aplicação prática mais do que improvável¹⁷⁵.

¹⁷² RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldade. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre. v. 5, n. 2, p. 819-854, mai.-ago. 2019, p. 822

¹⁷³ GARRIGA, Georgina. O espaço judicial europeu: a cooperação judiciária penal e civil. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 163-200, jan./jun.2009. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/georgina_garriga.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁷⁴ PITON, André Paulino. A cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia a prova e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. v. 24, n. 2, mai.-ago. 2019.

¹⁷⁵ SANTOS, Margarida; MONTE, Mário João Ferreira; MONTEIRO, Fernando Eduardo Batista Conde. **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da**

Recorde-se que a ideia do reconhecimento mútuo das decisões judiciais como pedra angular da cooperação judiciária em matéria civil e penal na União, consagrada como princípio no Conselho Europeu de Tampere, foi fruto de uma iniciativa britânica da presidência. O Ministro do Interior do governo de Tony Blair, Jack Straw, lançou o novo projeto no Conselho Europeu de Cardiff. O Reino Unido colocou o reconhecimento mútuo na agenda como uma alternativa à harmonização legislativa, cujos padrões mínimos comuns em matéria penal são, até o momento, inevitáveis para a harmonização no território da UE¹⁷⁶.

O Reino Unido revolucionou o campo da cooperação judiciária europeia com este projeto, extraído do conhecido julgamento de Cassis de Dijon. O acórdão evidenciou a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no espaço judiciário da UE, abrindo as portas a uma espécie de livre circulação das decisões judiciais, que se tornou a quinta liberdade comunitária ou, para outras, o *roaming* da cooperação judiciária em matéria penal¹⁷⁷.

O interesse do Reino Unido em instrumentos de reconhecimento mútuo é evidente nas suas decisões de apoiar várias decisões-quadro relacionadas com a cooperação judiciária em matéria penal, em conformidade com a anterior Decisão da Comissão 2014/858/UE de 1 de dezembro de 2014. A mais relevante é, sem dúvida, o Conselho Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002, sobre o mandado de detenção europeu e os procedimentos de entrega entre os Estados-Membros¹⁷⁸.

A Lei espanhola n.º 3/2003, de 14 de março, referente ao mandado europeu de detenção e entrega¹⁷⁹, evidenciou modificações substanciais no clássico processo de extradição que pode afirmar-se, sem reservas, desapareceu das relações de cooperação judicial entre os Estados-Membros da União Europeia. Nesse contexto, a cooperação judiciária em matéria penal baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, incluindo as medidas para aproximar as legislações dos Estados-Membros em diversos domínios. Sendo assim, tanto o Reino Unido quanto a

Procuradoria Europeia. Braga. Dezembro de 2017. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>. Acesso: 10 ago. 2020.

¹⁷⁶ PITON, André Paulino. A cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia a prova e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. v. 24, n. 2. maio-ago. 2019.

¹⁷⁷ SANTOS, Margarida; MONTE, Mário João Ferreira; MONTEIRO, Fernando Eduardo Batista Conde. **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga. Dezembro de 2017. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>. Acesso: 10 ago.2020.

¹⁷⁸ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandato de detenção europeu. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre. v. 4, n. 1, p. 435-472, jan.-abr. 2018, p. 4.

¹⁷⁹ *Boletín Oficial del Estado* n.º 65, de 17 de março de 2003, p. 10244.

Espanha têm estado muito ativos, levando em consideração que são os Estados-Membros que dão origem a um grande corpus de jurisprudência nacional, por vezes com intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia em resposta a pedidos de decisão prejudicial, como no caso Melloni¹⁸⁰.

O *ne bis in idem*, como foco do estudo no âmbito do sistema jurídico penal na União Europeia, é amplamente aceite como um princípio geral de direito, impedindo vários processos ou punições contra o mesmo réu, com base nos mesmos fatos. O princípio desempenha um papel fundamental na ordem jurídica no Direito Penal Europeu, onde se aplica a vários domínios, da concorrência ao Direito Penal. Como tal, tem uma dimensão estrutural e individual, visto que garante a segurança jurídica e a proteção do arguido "face ao *jus puniendi*"¹⁸¹.

Na União Europeia, como visto, o princípio está consagrado no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS) e tem um significado autónomo. A ameaça de uma segunda ação penal noutra Estado-Membro pode desencorajar a circulação e, nesse contexto, o *ne bis in idem* europeu é considerado um corolário da liberdade de circulação de pessoas. Este princípio é ainda mais importante devido à ausência de regras comuns a todos os Estados-Membros para determinar a jurisdição em matéria penal. Na verdade, exige que as decisões finais estrangeiras sejam reconhecidas como última palavra sobre o mérito de um caso que pode ser da jurisdição do Estado¹⁸².

A necessidade de prevenir ou resolver os conflitos entre as autoridades judiciárias nacionais instou o Tribunal de Justiça a defender uma interpretação ampla do âmbito de aplicação do princípio. Por exemplo, o Tribunal lê a noção de *idem* de uma perspectiva factual e histórica, independentemente da qualificação jurídica de uma conduta ao abrigo do direito nacional. Uma abordagem substantiva semelhante é seguida em relação ao conceito de sanção: mesmo as sanções administrativas podem ser criminais em natureza e equivalem a limitar o exercício posterior de *jus puniendi*.

¹⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013. Processo C-399/11, EU:C:2013:107.

¹⁸¹BOCKEL, B.V. *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance, in ERA Forum*, 2013, p. 32. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=4239032&fileOId=4251490>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁸² 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 Europeia**. Coimbra: Editora Julgar, 2011. n. 14. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/04-DEBATER-Agostinho-Torres-O-princ%C3%ADpio-Ne-bis-in-idem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

No entanto, a avaliação da noção de “*bis*” revelou-se particularmente difícil, uma vez que a aplicabilidade transfronteiriça do princípio pode ser dificultada pelo conjunto de legislações processuais nacionais altamente fragmentadas. Procurando um caminho a seguir, o Tribunal de Justiça identificou o reconhecimento mútuo como o motor do *ne bis in idem* europeu. Apesar das discrepâncias significativas entre as ordens jurídicas nacionais, as autoridades judiciárias nacionais são obrigadas a aceitar uma decisão proferida noutro Estado-Membro, seja qual for o resultado da determinação do mérito da causa¹⁸³.

3.2 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Na União Europeia diante das oscilações jurisprudenciais nacionais e os conflitos entre essas e o Tribunal de Justiça do Bloco, foi dada maior importância aos Direitos Fundamentais. No ano de 1977, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia criaram a Declaração Conjunta sobre Direitos Fundamentais:

1. O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão enfatizam a proteção dos direitos fundamentais, como derivado, em particular, das constituições dos Estados-Membros e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Fundamental Liberdades. 2. No exercício de seus poderes e na perseguição dos objetivos europeus comunidades que respeitam e continuarão a respeitar esses direitos¹⁸⁴.

Percebe-se que a referida Declaração não evidenciou um rol de quais seriam os direitos fundamentais. A movimentação política dos órgãos comunitários, entretanto, indo ao encontro das aspirações dos Tribunais constitucionais nacionais, sobretudo o alemão e o italiano, deve ser lida como um passo importante para a evolução dos direitos fundamentais na Europa.

Dessa forma, na década de 1980 o Parlamento Europeu deu um grande passo ao editar a Declaração de Direitos Fundamentais e Liberdades, que foi substituída pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE, em 2000. Sendo assim, foi proclamada pelo Parlamento Europeu, Conselho e a Comissão em Nice, em 7 de dezembro de 2000, a

¹⁸³ CARMO, Luís Mota. **O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu.** Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, 2009. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁸⁴ FREITAS, Ivan Vianna de. A evolução dos direitos fundamentais na união europeia: do silêncio inicial dos tratados à adesão à convenção europeia de direitos humanos. **Revista do programa de Direito da União Europeia.** 2015, p.12.

Carta dos Direitos Fundamentais, composta por 54 artigos como preâmbulo da Declaração de Direitos Fundamentais e Liberdades¹⁸⁵.

Vale ressaltar que todos os direitos fundamentais estavam presentes nas constituições nacionais e demais documentos internacionais, como a Declaração de Direitos Humanos da ONU e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que foram reconhecidos em um rol de 28 direitos, no âmbito das comunidades europeias. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reforçou a proteção dos direitos fundamentais à luz do progresso social e científico, das mudanças na sociedade e do desenvolvimento tecnológico.

Atualmente é incerto se essa evolução jurisprudencial será acompanhada por um correspondente desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça na interpretação do art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Observa-se, a necessidade de uma evolução, capaz de "completar e refinar" a jurisprudência da União no que diz respeito ao conteúdo e aos critérios de aplicação do princípio *ne bis in idem*¹⁸⁶.

O Tratado de Lisboa reforçou este aspecto no artigo 6.º do TUE ao reconhecer a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) como fonte vinculativa do direito primário. Quando se trata da aplicação das políticas da União Europeia nos Estados-Membros (a dimensão vertical) ou a aplicação das políticas da União Europeia em um ambiente transnacional (a dimensão horizontal), há um duplo interesse em jogo: aplicação eficaz e cumprimento das normas da UE em matéria de direitos humanos.¹⁸⁷ Com o crescente impacto dos regulamentos da UE, a nível doméstico, e a crescente mobilidade de bens, pessoas, serviços e capital entre os países e a ampliação da dimensão transnacional associada de atividades domésticas de justiça criminal, há maior risco de que uma pessoa possa sofrer dupla penalidade ou ser processada e/ou punida duas vezes, a nível nacional (ao aplicar as políticas da UE) ou a nível da UE por vários Estados-Membros da UE ou mesmo por um Estado-Membro da UE e a Comissão, num determinado domínio como a concorrência, em que a Comissão tem jurisdição adjudicativa punitiva.

¹⁸⁵ FREITAS, Ivan Vianna de. A evolução dos direitos fundamentais na união europeia: do silêncio inicial dos tratados à adesão à convenção europeia de direitos humanos. **Revista do programa de Direito da União Europeia**. 2015, p.13.

¹⁸⁶ BENEVIDES, Isabella Almeida de Sá; PEREIRA, Raissa Pose. Os direitos fundamentais: perspectivas da União Europeia. **Revista do Programa de Direito da União Europeia**, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68240>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁸⁷ SIQUEIRA, Flavia Pollyana Dias. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29994/a-carta-dos-direitos-fundamentais-da-uniao-europeia>. Acesso em: 19 ago. 2020.

Nesse contexto, observa-se um cenário de mercado interno integrado e espaço comum de liberdade, segurança e justiça que cidadãos e pessoas coletivas podem esperar proteção equivalente dos direitos humanos entre os Estados-Membros da UE e a nível europeu. Eles também podem esperar que esta proteção esteja em conformidade com, pelo menos, as normas vinculativas comuns da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

3.3 O *ne bis in idem* como direito fundamental na Europa

A concepção clássica dos direitos fundamentais é bastante ampla, segundo a visão doutrinária. Dito isto, podemos iniciar, com a cronologia do século XIII, quando o poder absoluto estatal pertencia, ainda, à Monarquia. A economia da época baseava-se nos feudos e o monarca João não tinha grandes posses, razão pela qual, teve que promulgar em 1215 a *Magna Charta Libertatum*,¹⁸⁸ cedendo às imposições que os senhores feudais estabeleceram com o propósito de limitar a supremacia do Rei.

Cumprir destacar que, nesta época, o denominado Rei João Sem Terra, ao sentir-se pressionado com os pedidos realizados pelos barões e papas, iniciou uma série de indagações, acerca das limitações propostas, ciente de que afetariam diretamente sua forma de governar. Por consequência, sua vontade normativa estaria sujeita aos procedimentos legais, ora estabelecidos pela Carta.

É de suma importância frisar esta linha de raciocínio, de que anteriormente à Magna Carta, o próprio Rei detinha autonomia para elaboração das normas. Posta a questão, percebe-se que com a implementação dessa norma nasce, na sociedade, a primeira expectativa de direitos fundamentais e o constitucionalismo da época:

Em toda a Europa encontram-se exemplos, não do registro de direitos do Homem, mas de direitos de comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia. Nestes, que os senhores feudais, mormente reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados¹⁸⁹.

Dentre as radicalizações políticas, ocorridas entre o século XIII e XIX, podemos perceber que ainda pairava sobre a sociedade o sistema feudal totalitário. Com a chegada da Revolução Francesa de 1789, pôs-se um fim a concentrada ideologia absolutista e narcisista, que prevalecia dentro da monarquia Francesa. Desta forma,

¹⁸⁸ LOURENCETTE, Lucas Tadeu. *Magna charta libertatum*. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6582/Magna-charta-libertatum>. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 211

convém ressaltar os acontecimentos que antecederam a concretização dos direitos fundamentais adotados em 1791, logo após, inclusive, as diversas manifestações em prol da independência dos Estados Unidos da América. A Declaração de Direitos de Virginia de 1776 abriu caminho para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, garantindo a todos a liberdade dos direitos civis e políticos que encontravam-se restringidos. Em virtude disto, Paulo Bonavides os classifica como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁹⁰.

É oportuno dizer que a Revolução Francesa trouxe, como consequência, a concretização dos direitos fundamentais. Essa positivação foi guiada pela liberdade, igualdade e fraternidade, e dividiu-se em três principais dimensões:

- a) direitos de primeira geração: a liberdade dos direitos civis e políticos;
- b) direitos de segunda geração: direitos sociais, culturais e econômicos;
- c) direitos de terceira geração: direito à solidariedade.

Diante das dimensões citadas, Paulo Bonavides¹⁹¹ discorre que foi a revolução Francesa que pressagiou a sequência histórica e gradativa da institucionalização dos direitos fundamentais.

Dentre as inúmeras lutas, pela conquista da positivação dos direitos e garantias pertinentes ao ser humano, vislumbramos que, após o massacre ocorrido na segunda guerra mundial, os direitos fundamentais foram oficialmente universalizados, uma vez que houve a cooperação dos direitos internacionais na elaboração do documento de declaração universal dos direitos humanos, que serviu de modelo-padrão a ser incrementado nas constituições de todo mundo¹⁹².

Em síntese, Dalmo de Abreu Dallari explica quais foram os objetivos da declaração universal, destacando:

O exame dos artigos da Declaração Universal, revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas¹⁹³.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 516

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

Feita essa breve digressão histórica, pode-se afirmar que a evolução dos direitos fundamentais foi precedida pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esses direitos passaram a ser consagrados nas constituições modernas, por meio da adesão de diversos países, também motivados pela promoção da Assembleia Geral das Nações Unidas, em meados do século XIX.

O art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, vinculativo desde 1 de dezembro de 2009, introduziu o *ne bis in idem* como um direito fundamental. No entanto, a jurisprudência subsequente (ainda) não abordou diretamente o problema da interpretação do *idem*. Dessa forma, o art. 50 introduziu um direito fundamental de não ser julgado ou punido duas vezes em processo penal pelo mesmo crime com a seguinte redação: "Ninguém pode ser julgado ou punido novamente em processo penal por uma infração pela qual já foi definitivamente absolvido ou condenado dentro da União de acordo com a lei"¹⁹⁴.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não herdou a expressão ambígua "os mesmos atos" prevista na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS. Em vez disso, refere-se a "um crime", o que o aproxima da redação do art. 4, do Protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). O afastamento da redação da CAAS poderia sugerir que o direito fundamental deve ser interpretado com base na identidade da qualificação jurídica. Isso daria ao direito fundamental um alcance mais restrito e, se verdadeiro, teria mudado significativamente o entendimento de *ne bis in idem* na UE¹⁹⁵.

Nos termos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a consagração do princípio *ne bis in idem* no n.º 3 do art. 103 pode ser entendido, exclusivamente, como referente à esfera jurídico-penal. Somente na esfera legislativa há o reconhecimento explícito do princípio *ne bis in idem*, para fins de julgamento das infrações administrativas e punição das mesmas, conforme previsto nos §§ 21 e 84 da "Lei de violações do pedido" (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*).

Com efeito, enquanto o § 21 prevê a prevalência da norma de sanção criminal sobre a norma de sanção administrativa se ambos se referirem à "mesma ação", o § 84

¹⁹⁴ 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 Europeia**. Coimbra: Editora Julgar, 2011. n. 14. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/04-DEBATER-Agostinho-Torres-O-princ%C3%ADpio-Ne-bis-in-idem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁹⁵ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **A Proteção Internacional da Pessoa Humana, a Hospitalidade e os Deslocamentos Forçados por Mudanças Climáticas e por Desastres Ambientais**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASUGJX/1/tese_doutorado_luciana_diniz_duraes_pereira.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

reconhece o efeito negativo da coisa julgada em relação ao futuro julgamento do mesmo fato, também contra o eventual exercício de ação penal.

O artigo 46, por sua vez, dispõe que a regra do § 3º do art. 103 da Lei Fundamental é aplicada, à "adequação de sentido", em procedimentos administrativos em cujo âmbito podem ser aplicadas sanções que constituam multa¹⁹⁶.

Por sua vez, a Constituição espanhola não estabelece, expressamente, o princípio *ne bis in idem* em nenhum dispositivo, embora haja uma tendência relevante, mesmo que não hegemônica de compreendê-lo implicitamente reconhecido em seu art. 25, que estabelece o princípio da "legalidade penal"¹⁹⁷.

A peculiaridade do Direito Constitucional espanhol, a este respeito, é constituída pela equalização expressa, ao abrigo desta consagração do princípio da "legalidade penal", do estatuto das normas sancionatórias de natureza jurídico-penal e administrativa. A controvérsia interpretativa a esse respeito, entretanto, ainda é considerável. Por um lado, não é de todo claro que a disposição em causa reconheça, em sentido estrito, uma exigência de legalidade diversa da associada ao princípio da irretroatividade da lei desfavorável. E, por outro lado, a pretensão de até mesmo ancorar o princípio *ne bis in idem* não parece plausível no princípio da legalidade, uma vez que pode, no máximo, explicar a ilegitimidade da dupla imposição de uma sanção no âmbito do mesmo processo (administrativo)¹⁹⁸.

O mesmo não se aplica, no entanto, à aplicabilidade do princípio em qualquer um dos contextos em que a aplicação da mesma norma sancionatória mais de uma vez não é proposta, mas sim a aplicação de duas ou mais normas diferentes em relação a um mesmo fato; ou em qualquer um dos contextos em que surja uma possível pluralidade de perseguições, quer por uma mesma quer por diferentes órgãos, em relação ao mesmo fato. Em todo o caso, o legislador espanhol reconhece a validade do princípio *ne bis in idem*, para efeito de aplicação de regras de sanções administrativas, conforme

¹⁹⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do "*ne bis in idem*" e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 4, n.16, jul./set. 2005. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁹⁷ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*. **Revista de Administración Pública**, n. 156, 2001, p. 191. Texto completo (pdf). Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>. Acesso em: 02 nov. 2015.

¹⁹⁸ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*. **Revista de Administración Pública**, n. 156, 2001, p. 191. Texto completo (pdf). Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>. Acesso em: 02 nov. 2015.

regulamentado pelo art. 133 da Lei nº 30/1992, que dispõe sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo Comum¹⁹⁹.

Para tal, é necessário, primeiro, tratar do âmbito da proibição de penas múltiplas face à possível imposição cumulativa de sanções penais e administrativas, para depois determinar o âmbito da proibição de julgamentos múltiplos, face ao eventual desenvolvimento de investigações ou processos potencialmente conducentes à imposição de sanções de ambos os tipos.

Mas, antes de entrar nessa seara, pode ser conveniente introduzir uma prevenção: o que está em jogo aqui não é se o princípio *ne bis in idem* funciona como norma substantiva e como norma²⁰⁰. Isso é algo que pode ser dado como certo, se sua caracterização como padrão geral de lei sancionatória for validada. Em vez disso, o que está em jogo é se, e em que medida, o princípio *ne bis in idem* é operativo em face da potencial interseção dos regimes do Direito Penal e do Direito Sancionatório Administrativo, ou seja, no que poderia ser chamado de "frente internacional de competência". E o último significa, mais precisamente: se, e em que medida, o princípio *ne bis in idem* opera por meio de regimes sancionatórios definidos, legislativamente, como heterogêneos²⁰¹.

Nestes termos, a resposta à questão sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem* em áreas de possível sobreposição entre regimes de direito penal e de direito sancionatório administrativo depende do esclarecimento das consequências normativas que decorrem do reconhecimento do princípio *ne bis in idem* como uma norma geral de lei sancionatória. E, uma vez que algumas das normas gerais da lei sancionatória são inequivocamente reconhecidas no nível supralegal, é claro que a própria noção de sanção não pode ser sujeita a uma determinação puramente nominal. Caso contrário, a legislação poderia simplesmente fugir de sua sujeição a esses mesmos padrões supraleais²⁰². Portanto, para esses fins, carece de relevância que, nos termos do art. 20 e art. 501 do Código Penal Espanhol, efetivamente não são consideradas penalidades as

¹⁹⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 2. ed. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010.

²⁰⁰ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*. **Revista de Administración Pública**, n. 156, 2001, p. 191. Texto completo (pdf). Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>. Acesso em: 02 nov. 2015.

²⁰¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁰² NÉMEDI, Márk. *Ne bis in idem: a separation of acts in transnational cases? Perspectives on Federalism*, v. 7, issue 2, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682510. Acesso em: 19 ago. 2020.

multas e demais correções que os superiores impuserem aos seus subordinados e administrados no uso de sua jurisdição disciplinar ou dos poderes governamentais.

3.3.1 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Protocolo nº 7

O Sistema Europeu de Direitos Humanos foi baseado no relevante catálogo de direitos humanos na União Europeia, apontado como a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), que foi assinada em Roma, em novembro de 1950, por doze Estados europeus.

A CEDH é caracterizada como tratado multilateral, com o papel de regular, em nível internacional todas as relações jurídicas internas a cada um dos seus signatários, que aceitaram restringir suas soberanias²⁰³.

Ao buscar a ampliação do rol de direitos humanos garantidos pelo Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos - SEDH, a CEDH teve por base a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 1961, que declarou os direitos econômicos, sociais e culturais.

A CEDH inaugurou, assim, um sistema regional na União Europeia para proteção aos direitos humanos. Sobrepõe-se a vários sistemas nacionais, que foram garantidos nos sistemas jurídicos internos nas constituições dos Estados Europeus²⁰⁴.

No âmbito dos direitos humanos, a CEDH ampliou, com intuito de fiscalizar e responsabilizar através da criação de órgãos que ensejassem a responsabilização internacional dos Estados signatários, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Comitê dos Ministros do Conselho da Europa. Foi constatado que a convenção teve grande mérito de inovação ao garantir à sociedade, e não somente aos Estados, mecanismos de responsabilização dos Estados violadores de direitos humanos, visando o benefício da reparação pelos danos decorrentes²⁰⁵.

²⁰³ BICUDO, Hélio. **Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais**. Estudos av. São Paulo, v. 17, n. 47, p. 225-236, apr. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁰⁴ MATOS, Monique Fernandes Santos. **Adesão da união europeia à convenção europeia de direitos do homem e a interação entre o tribunal de justiça da união europeia e a corte europeia de direitos humanos**. **Cadernos do Programa de Pós Graduação**. Direito/UFRGS, v. 9. n.1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/45572>. Acesso em: 20 ago.2020.

²⁰⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN: EDUFRN, 2015.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem tem como objetivo receber as denúncias de violações de direitos humanos à luz dos dispositivos da CEDH e, caso admita a violação e o Estado se recuse a repará-la, é feito o encaminhamento ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH. Dessa forma, cabe ao Estado a prerrogativa de acionar, diretamente, o TEDH.

Dessa forma, no processo de adesão da UE à CEDH, foi considerado que o sistema europeu de direitos humanos contemplou, em relação aos Estados-membros da UE e seus cidadãos, além das normas da CEDH, os dispositivos das normas da União Europeia e da Carta Europeia de Direitos Fundamentais da União Europeia, que foi assinada em Nice, no ano de 2000. Nesse contexto, a Comissão viabilizará o cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, valorizando a proteção aos direitos humanos nos Estados-membros da UE²⁰⁶.

Observa-se que os órgãos que atuam na proteção aos direitos humanos desenvolvem-se, por meio de um processo contínuo de evolução, em busca da maior efetividade desses direitos. Nesse contexto há, também, uma forte interação entre os dois principais órgãos jurisdicionais: o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE e a Corte Europeia de Direitos Humanos – Corte EDH.

A este respeito, é importante notar que a versão do protocolo 7 do princípio *ne bis in idem* não foi universalmente aceita pelos membros da União Europeia. O protocolo entrou em vigor em 1988. Até o momento quatro Estados-Membros ainda não ratificaram o protocolo e quatro outros têm, por vários meios legais, garantido que a disposição se aplica apenas a infrações classificadas como criminais, ao abrigo das respectivas legislações nacionais²⁰⁷.

Sem surpresa, considerando a formulação clara da disposição, a aplicação transnacional do protocolo 7 versões do *ne bis in idem* não tem sido proeminente nos processos do Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens - TEDH. Todas as outras áreas de investigação são, no entanto, problemas recorrentes no processo.

Embora a posição do TEDH não tenha sido perfeitamente consistente com esses pontos, um caso da Grande Câmara do TEDH - o acórdão *Sergey Zolotukhin c. Rússia* -, esclareceu, em grande medida, o significado da versão do princípio *ne bis in*

²⁰⁶ MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da união europeia à convenção europeia de direitos do homem e a interação entre o tribunal de justiça da união europeia e a corte europeia de direitos humanos. **Cadernos do Programa de Pós Graduação**. Direito/UFRGS, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/45572>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁰⁷ BJÖRK, Johannes. *Ne Bis in Idem in EU Law Later Developments in the Case law of the ECJ*. 2013. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4239032&fileId=4251490>. Acesso em: 19 ago. 2020.

idem, contido no Protocolo 7. Sendo assim, “os critérios que presidem à aferição da duplicidade fática, afirmam que “o Tribunal deve examinar o conjunto de circunstâncias fáticas concretas que implicam o mesmo infrator e estão unidas indissociavelmente no tempo e no espaço”²⁰⁸.

Os antecedentes factuais de Kossowski realçam que a coordenação ineficaz entre as autoridades nacionais e uma investigação deficiente pode resultar em risco de impunidade no espaço judiciário europeu. A falta de diligência ou eficiência por parte do vencedor da corrida para processar é capaz de prejudicar a eficácia da prevenção do crime e da ação penal na Europa como um todo. Portanto, uma avaliação crítica do primeiro julgamento poderia revelar inconsistências ou lacunas de evidências que afetam a decisão (final), em particular no caso de ordens entregues durante a fase de investigação ou absolvições por falta de provas. Além disso, podem ocorrer efeitos negativos para o acusado ou para a vítima. Por um lado, a palavra final sobre a responsabilidade criminal do suposto infrator seria baseada em evidências incompletas. Por outro lado, em caso de absolvição, a vítima não poderia obter a indenização pelos danos decorrentes do crime²⁰⁹.

Esse direito inclui a proibição de rejuvimentos da mesma pessoa pela mesma infração, previstos no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 ao Conselho da Europa - CE. Em tais situações, as atuais garantias processuais podem ser insuficientes, bem como a circunstância de que, ao saber do início de um processo penal contra o réu, o órgão competente que conduz o processo de contração estava obrigado a encerrar o processo de contração até o desfecho do processo penal.²¹⁰

Alguns sistemas jurídicos nacionais dos Estados Contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) preveem a possibilidade de impor duas sanções em relação ao mesmo fato que podem ser classificadas, respectivamente, como administrativas ou fiscais, por um lado, e criminais, por outro. Essa dupla faixa de sanções representa uma questão muito complexa e discutida no que diz respeito à

²⁰⁸ LUCAS, Carolina Rita Belo. **A Interpretação do Princípio Ne Bis in Idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84091/1/Tese%20Carolina%20Lucas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁰⁹ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador*. **Revista de Derecho**, n. 40, julio-diciembre, 2013, p. 1-29. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85131028001.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²¹⁰ NÉMEDI, Márk. *Ne bis in idem: a separation of acts in transnational cases? Perspectives on Federalism*, v. 7, issue 2, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2682510>. Acesso em: 19 ago. 2020.

aplicabilidade do princípio *ne bis in idem*, previsto no art. 4 do Protocolo n. 7 da CEDH²¹¹.

A interpretação do princípio *ne bis in idem* que se consolida em um acórdão pode constituir um valioso auxílio para algumas jurisdições nacionais na superação das dificuldades com que se deparam na aplicação deste princípio. Em particular, considere os casos de manipulação de mercado e abuso de informações privilegiadas previstos pela legislação italiana²¹². No que se refere ao primeiro, como é sabido, o Tribunal Europeu considerou incompatível com o princípio *ne bis in idem* o sistema de dupla via penal-administrativa, previsto para o caso de manipulação de mercado.

Pelo contrário, no que se refere ao caso de abuso de mercado, o Tribunal Constitucional Italiano declarou inadmissível a questão da legitimidade e o conflito com o princípio *ne bis in idem*, tal como interpretado pela jurisprudência europeia, alegados pelo órgão jurisdicional de reenvio. Prevê-se, portanto, que a jurisprudência nacional italiana volte a ser chamada a avaliar se a dupla via de sanções prevista nestas matérias é compatível com o art. 4 do Protocolo n. 7 da CEDH²¹³.

Dessa forma, todos os estados-membros estão obrigados a respeitar, em todos os atos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sendo assim, havendo desrespeito aos direitos ali garantidos, há a possibilidade de submeter o estado da UE à Corte Europeia de Direitos Humanos, na proteção legal dada aos cidadãos europeus, na garantia dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional.

3.3.2 A Convenção Schengen

Na Europa, o princípio *ne bis in idem* está, também, consagrado no art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS. Essa convenção, implementada em 14 de junho de 1985, proíbe o início de um segundo julgamento pelo

²¹¹BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência**: uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

²¹²SILVEIRA, 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. **RDC**, v. 2, n. 2, nov. 2014, p. 22

²¹³BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência**: uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

mesmo delito, quando uma decisão final foi imposta a uma pessoa por um tribunal de uma Parte Contratante.

O princípio *ne bis in idem* aplica-se a uma mesma pessoa que corre o risco de ser processada ou punida novamente pelo mesmo fato²¹⁴. Para a aplicação do efeito de bloqueio de *ne bis in idem* em contexto internacional, as condições são²¹⁵:

1) o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu em vários casos, que é realmente difícil de avaliar a congruência de fatos para efeitos de *ne bis in idem* no contexto transnacional. A questão sobre a identidade de fatos foi levantada pela primeira vez no Caso Van Esbroeck. Naquele caso, o acusado foi condenado em um estado por importação de drogas e posteriormente processado em outro estado por exportar a mesma quantidade de medicamentos. O Tribunal considerou que, ao fazê-lo, o princípio do *ne bis in idem* foi violado:

a) “o critério relevante, para fins da aplicação do artigo da Convenção de implementação do Acordo de Schengen é a identidade dos atos materiais, entendida como a existência de um conjunto de fatos que estão intimamente ligados entre si, independentemente da classificação jurídica dada a eles ou o interesse jurídico protegido;

b) os atos puníveis de exportação e importação dos mesmos entorpecentes e que são processados em diferentes Estados Contratantes da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen devem, em princípio, ser considerados como "os mesmos atos" para efeitos do art. 54 da Convenção, cabendo a apreciação definitiva a este respeito aos tribunais nacionais competentes. "

2) Ordens penais (*Strafbefehle*) proibem na Alemanha, por exemplo, o início de um segundo julgamento²¹⁶. Quanto ao caráter das decisões que podem barrar um novo processo penal em geral, há uma proibição absoluta de um segundo julgamento após uma absolvição final ou uma condenação final. Nesse contexto, outra questão que ganha relevância é verificar se as sentenças, determinando o encerramento do processo

²¹⁴ CARMO, Luís Mota. **O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu.** Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, 2009. p. 15 Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

²¹⁵ BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência:** uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

²¹⁶ BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência:** uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

ou o impedimento processual à extinção do processo pelo Ministério Público, ainda que o consentimento do tribunal, têm ou não efeito *ne bis in idem*.

O Tribunal de Justiça Europeu decidiu que: “O princípio *ne bis in idem* estabelecido no art. 54 da Convenção que implementa o Acordo de Schengen” também se aplica aos procedimentos em que processos judiciais adicionais são proibidos, como o procedimentos em causa nas ações principais, pelas quais o Ministério Público de um Estado-Membro suspende o processo penal instaurado naquele estado, sem a intervenção de um tribunal, uma vez que o acusado cumpriu certas obrigações e, em particular, pagou uma certa quantia em dinheiro determinada pelo Ministério Público²¹⁷.

Em caso de decisão final proferida por um tribunal estrangeiro que implique condenação, se a punição tiver sido imposta, a sentença deve ter sido cumprida, integralmente, para a aplicação da *ne bis in idem*. Nos casos de execução apenas parcial, entra em vigor o princípio da dedução, permitindo-se novo processo e uma nova punição. No contexto da União Europeia, o art. 58 da Convenção do Acordo de Schengen impõe aos tribunais a dedução de qualquer período de privação de liberdade cumprido no território de outra parte de uma sentença proferida em relação ao mesmo delito²¹⁸.

3.4 Primazia do Direito Penal Europeu na aplicação do *ne bis in idem*

O princípio *ne bis in idem* é considerado como um princípio geral do Direito (penal) em muitas ordens jurídicas nacionais, às vezes até codificado como um direito constitucional. No âmbito do Direito Penal europeu, observa-se a Quinta Emenda da Constituição do país proíbe a dupla punição ou o artigo 103 da Constituição alemã.

Historicamente, o princípio *ne bis in idem* só se aplica nacionalmente e se limita à justiça criminal, isso significa impedir a aplicação dupla de medidas administrativas punitivas. Observa-se, que alguns estados ampliou-se o escopo para procedimentos punitivos e penalidades²¹⁹.

²¹⁷ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem*: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²¹⁸ CORDEIRO, Isidoro Blanco. *Universal Jurisdiction: general report. International Review of Penal Law*. 2008/1. v. 79. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-59.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²¹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

A base lógica do princípio *ne bis in idem* é múltipla. Tradicionalmente, estava muito ligada à soberania e legitimidade do Estado e do seu ordenamento jurídico, bem como o respeito pela coisa julgada (*pro veritate habitur*) das decisões finais. É claro que veredictos criminais também podem conferir efeito internacional ao princípio *ne bis in idem*²²⁰. No entanto, poucos países reconhecem a validade de uma sentença estrangeira em matéria penal para execução ou execução em seus sistemas jurídicos nacionais sem que isso seja baseado em um tratado. Até o reconhecimento de coisa julgada em relação a uma sentença penal estrangeira é problemática, certamente quando se trata de ofensas territoriais.

O reconhecimento da coisa julgada estrangeira significa que a perspectiva de um novo processo ou punição já não é possível (o efeito negativo) ou que a decisão tem de ser tida em consideração no contexto de sentenças pendentes em outros casos (o efeito positivo). A maioria dos sistemas jurídicos de direito consuetudinário reconhece o efeito de coisa julgada das sentenças estrangeiras. Nos sistemas de Direito Civil, a Holanda tem as disposições mais amplas e liberais. O Código Penal holandês contém um *ne bis in idem* geral. Disposição que é aplicável a ambas as decisões nacionais e estrangeiras, independentemente de onde o crime foi cometido²²¹.

No entanto, mesmo os Países Baixos excluem sanções administrativas punitivas do âmbito de aplicação. Em cada Estado-Membro, levantam-se muitas questões, inclusive aquelas relativas aos elementos *idem e bis* do princípio²²².

Para considerar o significado do termo *idem*, por exemplo, a definição jurídica das infrações deve ser considerada como a base da definição do termo o mesmo (*idem*), ou deveria ser o conjunto de fatos (*idem factum*)? Depende dos direitos judiciais protegidos pelas disposições legais e seu alcance? As pessoas físicas e jurídicas são diferentes em relação a aplicação do princípio? O alcance do princípio é limitado à dupla punição do crime prevista em lei ou inclui outras sanções punitivas que podem ser impostas ao abrigo do Direito Privado ou Administrativo (lei)? O que é uma frase firme

²²⁰ TORRES, Agostinho S. **O princípio *ne bis in idem* funcionalidade e valorização na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia.** Coimbra: Julgar, 2011, n. 14. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/04-DEBATER-Agostinho-Torres-O-princ%C3%ADpio-Ne-bis-in-idem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²²¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos.** Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²²² BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência:** uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

e final? Inclui acordos com o Ministério Público ou com outras autoridades judiciais? A sentença deve ter sido aplicada ou executada? Verifica-se, assim, conforme foi relatado anteriormente, a existência de uma norma comum e equivalente de *ne bis in idem* entre os Estados-Membros da UE.

Todos esses questionamentos propiciam uma falta de proteção equivalente para o cidadão ou pessoa coletiva no que diz respeito à aplicação da legislação da UE na ordem jurídica interna. Por que um cidadão ou pessoa coletiva da UE seria punido duas vezes com uma punição multa administrativa e uma penalidade por fraude de subsídio da UE em um Estado-Membro europeu, enquanto ele estiver protegido contra esse tipo de dupla punição noutro Estado-Membro da UE? O princípio *ne bis in idem* tem apenas efeito interno e não pode abranger situações transnacionais na UE.

Dessa forma, poucos são os Estados-Membros da UE que têm um sistema para reconhecer a validade de julgamentos estrangeiros em matéria punitiva, para impedir a dupla punição²²³. Assim, fica claro que o princípio nacional não harmonizado *ne bis in idem* não é capaz de oferecer proteção adequada e equivalente para cidadãos e pessoas jurídicas, quer em casa, quer no mercado interno horizontal ou no espaço comum de liberdade, segurança e justiça.

Nos últimos séculos, o princípio *ne bis in idem* tornou-se, ao lado dos princípios do devido processo e do julgamento justo, um dos mais importantes instrumentos, pelos quais se oferece proteção judicial ao cidadão contra o *ius puniendi* do Estado. Foi, por assim dizer, convertido em um direito fundamental para proteger o cidadão da punição criminal cumulativa.

Uma verdadeira conquista que resultou na sua positivação como princípio constitucional do *ne bis in idem*, mas também em disposições *ne bis in idem* na legislação internacional pública de direitos humanos²²⁴. Além disso, os Estados-nação têm subscrito cada vez mais acordos bilaterais e convenções multilaterais sobre auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

Uma decisão judicial estrangeira só pode ser reconhecida para efeitos do princípio *ne bis in idem* na medida em que dispõe definitivamente sobre o processo. Os

²²³ LUCAS, Carolina Rita Belo. **A Interpretação do Princípio *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84091/1/Tese%20Carolina%20Lucas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²²⁴ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. ***Ne bis in idem*: limites jurídico-constitucionais à persecução penal**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

interesses opostos que sustentam o reconhecimento mútuo e as implicações da noção de decisão final prendem as espadas aqui. A questão central é o escopo e a amplitude do escrutínio que a autoridade judicial nacional tem o direito de fazer, ao avaliar a finalidade de uma decisão estrangeira. Uma análise aprofundada é essencial para o funcionamento do *ne bis in idem* europeu, mas é capaz de restringir indevidamente a confiança mútua e o reconhecimento mútuo²²⁵.

Além disso, observa-se implicações do elemento constitutivo do *ne bis in idem* para a atividade das autoridades judiciárias nacionais, à luz dos princípios do reconhecimento mútuo e da confiança mútua. Nessas circunstâncias, uma abordagem crítica é garantida para a confiança mútua e reconhecimento ao longo das linhas já iluminadas com relação à interpretação factual de *idem*. A confiança e o reconhecimento mútuos parecem não se estender aos casos em que a harmonização não é a fonte da diferença na qualificação jurídica.

Não se pode contestar que o desrespeito direto dos requisitos decorrentes do art. 54 da CAAS e a jurisprudência do Tribunal devem ser consideradas, além de constituírem uma violação do direito da eu, características de desconfiança²²⁶. No entanto, a conclusão da Corte Suprema, sugerindo a existência de uma confiança mútua geral entre os Estados membros parece falha. Segundo o Tribunal, a confiança mútua e o reconhecimento só existem devido à existência do art. 54 da CAAS, em um campo do direito caracterizado pela ausência de harmonização de leis. A sentença parece ignorar o fato de que a diferente redação das leis penais não é a única razão pela qual os atos realizados pelo mesmo infrator podem ser considerados separados. O que se compara não é (apenas e em todos os casos) a redação das leis penais, mas a qualificação resultante.

A *fortiori*, parece incorreto sugerir que os Estados membros são desconfiados nos casos em que suspeitam da interpretação factual de *idem*. A confiança mútua não parece de modo algum estender-se aos casos em que a qualificação jurídica difere por razões diferentes da ausência de harmonização, devendo analisar a relação entre o raciocínio geral do Tribunal e os conceitos de interesse jurídico inerentes às leis penais dos Estados membros, verificando que essa abordagem pode também explicar por que

²²⁵JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²²⁶LUCAS, Carolina Rita Belo. **A Interpretação do Princípio *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84091/1/Tese%20Carolina%20Lucas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

os Estados membros afirmam que a Corte deveria ter levado em consideração os interesses jurídicos na interpretação de *ne bis in idem*²²⁷.

Em termos simples, o argumento principal a ser defendido é aquele que considera as infrações cometidas não somente à luz da redação das disposições penais pertinentes. Sua quantificação deve ser baseada, também, em seu conteúdo material. Parece que o Tribunal foi forçado a considerar a questão da harmonização importante. Na interpretação dos conceitos comunitários, o Tribunal de Justiça limita-se essencialmente ao direito comunitário, a menos que esteja expressamente autorizado a fornecer interpretações à luz do direito nacional²²⁸.

Essa autorização não estava presente no CAAS ou em outro lugar. Além disso, a ordem jurídica comunitária não define os conceitos de crime, qualificação jurídica ou interesse jurídico. Na verdade, o direito da UE oferece muito pouco no que diz respeito a uma definição geral de crime ou aos princípios gerais do direito penal (essencialmente as disposições da parte geral do Direito Penal, tal como concebidas nas jurisdições de Direito Civil).

Nessas circunstâncias, o Tribunal não deve tirar conclusões dos conceitos existentes de Direito Penal. Pode-se argumentar a qualificação jurídica em Direito Penal simplesmente como um exercício de correlacionar fatos materiais com disposições criminais. Com efeito, esta situação sugere, à semelhança da jurisprudência, que os conceitos mais importantes para a interpretação do *idem* são a identidade dos fatos materiais e a identidade das disposições penais. A interpretação do art. 54 do CAAS²²⁹, com base na identidade de fatos materiais, de fato, em vários casos, implicaria que *ne bis in idem* não se aplica devido às meras diferenças na forma como as disposições penais são formuladas pelos Estados membros.

Assim, não se deve contestar que, em alguns casos, a decisão do Tribunal de aplicar uma interpretação factual é justificada. No caso histórico de Van Esbroeck²³⁰, a

²²⁷ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Integração jurídico-penal na união europeia: notas críticas e limites dogmáticos. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013. v. 5, n. 9, jul.-dez. p. 289-311. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista10/integracaoVictor.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²²⁸ BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O *ne bis in idem* no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência**: uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

²²⁹“Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida”.

²³⁰ Processo n.º C-436/04. Acórdão de 9 de março de 2006.

diferença de qualificação jurídica nos diferentes Estados contratantes não resultou da ausência de harmonização, como sugeriu o Tribunal. Isso prova que o raciocínio do Tribunal acima não aborda todas as questões em torno da interpretação. Verifica-se que, mesmo em um espaço de justiça sem fronteiras, certas formas de crime se distinguem de outras com base nos interesses que as disposições penais pertinentes protegem. O que pode dividir opiniões sobre a interpretação factual do conceito transnacional de *ne bis in idem* parece ser o papel sistêmico da divisão clássica dos interesses jurídicos em interesses individuais e coletivos.

As ordens jurídicas dos Estados membros concebem o crime em sua jurisdição não apenas como qualificação, mas como conduta que representa dano, ou pelo menos perigo, ou uma certa transgressão aos interesses protegidos por seu Direito Penal. O conceito de crime resultante pode ser referido como a noção material de crime²³¹. Quer o Direito Penal seja conceituado como instrumental ou moralista, alguma forma de dano ou perigo a certos bens ou interesses ou transgressão desempenha um papel essencial na criação da base sobre a qual determinada conduta criminalizada está ligada à punição legal.

Dessa forma, o papel do interesse legal é representar e qualificar os interesses sobre os quais o dano é infligido. O papel de diferenciar os interesses jurídicos individuais e coletivos é relevante, pois ajuda a especificar o portador do interesse jurídico, a pessoa ou comunidade cujos interesses são afetados pela conduta penal em questão. No caso de interesses individuais, como vida, integridade física, propriedade privada, etc., o portador do interesse jurídico é o indivíduo, cuja dignidade de existência é a base para a criminalização. Isso é verdade mesmo que o conceito de interesse coletivo também proteja uma confiança mais ampla na segurança e na ordem de uma sociedade.

A interpretação factual elaborada pelo TJCE agora TJUE parece relevante e aborda um importante problema teórico no caso de violações de interesses individuais. A possibilidade de qualificações e formulações de interesses divergentes por parte dos Estados membros pode criar uma aplicação imprevisível de *ne bis in idem*²³². Embora isso seja verdade, o interesse jurídico em causa no processo penal em todos os Estados-

²³¹ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Integração jurídico-penal na união europeia: notas críticas e limites dogmáticos. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013. v. 5, n. 9, jul.-dez. p. 289-311. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista10/integracaoVictor.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²³² LUCAS, Carolina Rita Belo. **A Interpretação do Princípio Ne Bis in Idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84091/1/Tese%20Carolina%20Lucas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

Membros relevantes será essencialmente o mesmo interesse jurídico pessoal, independentemente da sua formulação.

Com base na identidade do titular do interesse jurídico, é assegurado que os Estados membros façam valer a jurisdição sobre a mesma instância de dano e substantivamente sobre o mesmo crime. Portanto, em tais casos, a identidade dos fatos materiais provavelmente coincidirá com a identidade do portador do interesse jurídico, qualquer que seja a formulação do interesse jurídico. É claro que no caso posterior de Bourquain²³³ um ato de homicídio constituiu um único conjunto de fatos materiais e, sem dúvida, uma única violação de um interesse jurídico individual.

Na aplicação do *ne bis in idem* aos crimes contra o interesse individual, a interpretação factual a favor da liberdade de circulação continua de fato a ser preferível. Formulações divergentes são possíveis no caso de disposição penal ou interesse jurídico invocado, protegendo a mesma transportadora. O raciocínio adequado do Tribunal afirma que confiar na interpretação dos fatos é necessário para evitar os efeitos negativos sobre a liberdade de movimento e a dignidade do infrator²³⁴.

Os interesses jurídicos coletivos, por outro lado, são geralmente sustentados por toda a sociedade. Eles dizem respeito aos interesses do público em geral, como o funcionamento tranquilo e confiável da economia de um estado membro, ordem pública, integridade das funções essenciais do estado. Isso se baseia na consideração de que o objetivo do Direito Penal é garantir o bom funcionamento da sociedade e a preservação da ordem. Portanto, bens coletivos ou compartilhados fornecem pré-condições essenciais para o florescimento individual.

O que distingue os crimes transnacionais contra os interesses jurídicos coletivos é que as transportadoras cujos interesses jurídicos são violados pelos mesmos fatos materiais (os diferentes Estados-Membros) não são idênticas. Também neste caso, a formulação dos interesses jurídicos e das disposições penais pode diferir de um Estado-Membro para outro. À luz da jurisprudência, o conceito convencional de jurisdição para a continuação de crimes transnacionais parece ter sido substituído, apenas, devido aos objetivos da cooperação europeia após o Tratado de Amsterdã: garantir o direito à livre circulação no espaço de liberdade, segurança e justiça²³⁵ e

²³³Processo n.º C-297/07. Acórdão proferido a 11 de dezembro de 2008.

²³⁴ GIUBLIN, Priscila Nascimento. **A política sancionadora estatal e o princípio *ne bis in idem***. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2019/PRISCILA-NASCIMENTO-GIUBLIN.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²³⁵ UNIÃO Europeia. **Tratado da União Europeia**, art. 2º. [atual art. 3º do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE]

eliminar as fronteiras na Convenção do Tratado de Schengen (preâmbulo da CAAS)²³⁶. Esses objetivos visam, sem dúvida, facilitar uma União cada vez mais estreita.

3.5 Primazia do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro

Para compreender o sistema penal no ordenamento jurídico brasileiro, é indispensável apontar a relação entre o Direito Penal e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para Guilherme de Souza Nucci²³⁷, essa relação é absolutamente essencial, de forma que o estudo do Direito Penal exige o conhecimento de seus princípios constitucionais, uma vez que os princípios que regulam a ciência penal estão inscritos de forma implícita ou explícita no texto da Constituição.

Essa relação de legitimação do Direito Penal pela Constituição/1988 mostra-se indispensável, já que os direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade humana são valores constitucionais que não podem ser postos em segundo plano, por serem essenciais à vida do ser humano, enquanto indivíduo e membro da sociedade. A produção da lei penal tem como fonte suprema a Constituição Federal e suas cláusulas pétreas, razão pela qual “compete ao político-criminal, o cientista jurídico e os aplicadores da legislação criminal o respeito ao conteúdo máximo e legitimador da dogmática penal”.²³⁸ Assim, como a Constituição estabelece os limites do Direito Penal, as normas constitucionais têm o papel de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico. Consequentemente, o sistema jurídico precisa estar em compatibilidade com a Constituição.

Paulo Bonavides sustenta que a relação entre o Direito Penal e a Constituição brasileira de 1988 manifesta-se “diante das garantias de natureza constitucional”²³⁹, presentes no texto constitucional, como se constata do inciso XXXVII ao inciso LXVII, do art. 5º²⁴⁰. Essa relação vincula, necessariamente, as normas penais aos comandos constitucionais, exigindo-se que as leis do Direito Penal sejam subordinadas à

²³⁶ BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O ne bis in idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência: uma análise judiciária**. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.79.

²³⁸ SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito Penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. Doutrinas essenciais, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222.

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

²⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

Constituição e com ela sejam compatíveis, sob pena de serem contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Sob a égide da Constituição da República brasileira de 1988, o direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças, tanto na teoria jurídica, quanto na prática dos tribunais, envolvendo diversos fenômenos, dentre eles, a constitucionalização do direito²⁴¹. Esse processo de constitucionalização do direito ocorre no sentido de reconhecer a Constituição como norma suprema e fazer com que as normas constitucionais alcancem todas as demais normas. Nessa conjuntura, tanto a Constituição traz em seu corpo normas de diversos ramos do Direito, como o penal, quanto limita a validade da legislação infraconstitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso, a ideia de constitucionalização do direito pode ser “associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”²⁴². O autor afirma ainda que:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.²⁴³

Com a constitucionalização do direito, há uma “irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento”²⁴⁴. Dessa forma, todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Penal, devem ser lidos, interpretados e aplicados à luz da Constituição. Nesse aspecto, a Constituição exerce sua força normativa sendo superior a todas as normas infraconstitucionais e, inclusive, trazendo no próprio texto constitucional regras e princípios de um dado ramo do direito que a ela fica subordinado²⁴⁵.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. Doutrinas essenciais, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 547

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. Doutrinas essenciais, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 548.

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-74.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. Doutrinas essenciais, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 557.

No contexto da constitucionalização do Direito e Processo Penal, Eduardo Ribeiro Moreira e Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes apontam normas presentes na Constituição de 1988 que reforçam a efetividade constitucional em matéria penal-constitucional, realizando o sistema penal, tais como o princípio da legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX), princípio da anterioridade penal (art. 5º, inc. XL), princípio da individualização das penas (art. 5º, inc. XLV); princípio das penas permitidas (art. 5º, inc. XLVI), princípio das penas proibidas (art. 5º, inc. XLVII), princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), dentre outros.²⁴⁶

Na perspectiva de superioridade e parâmetro de fundamento da Constituição em relação ao Direito penal, aponta-se a afirmação de Ivan Luiz da Silva:

A base constitucional do Direito Penal evidencia-se em razão de sua missão primeira, que consiste em proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as formas mais relevantes de agressão. Assim, como a constituição alberga os bens jurídicos e interesses mais importantes para a sociedade, é, pois, nesse assentamento constitucional que a Lei Penal busca fundamento para sua intervenção punitiva. Portanto, o Direito Penal toma o Texto Magno como parâmetro de referência para realizar sua missão de salvaguardar os bens jurídicos relevantes e criminalizar os fatos lesivos a esses bens.²⁴⁷

Há uma ordenação hierárquica à qual obedecem os bens jurídicos protegidos constitucionalmente, devendo a gravidade da punição ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada à determinada infração ou a pena aplicável deve se estabelecer nos limites do necessário à proteção dos valores constitucionais postos²⁴⁸.

A Constituição abriga valores como liberdade, segurança, bem-estar social, igualdade e justiça, de “tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais”²⁴⁹.

A Constituição, portanto, com sua supremacia e superioridade hierárquica na estrutura normativa, irradia sua força normativa limitando e legitimando o Direito Penal, e servindo de fundamento para esse ramo do direito. O Direito Penal tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade²⁵⁰. Conforme Damásio de Jesus:

²⁴⁶ FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Princípios penais constitucionais. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**. v. 84., jul-set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 224-5.

²⁴⁷ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p.62.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional: novo Direito Constitucional**. Doutrinas essenciais, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 574.

²⁴⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 4.

²⁵⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 2.

Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. **Todo valor reconhecido** pelo Direito torna-se um bem jurídico. Os **bens jurídicos** são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.²⁵¹

Nesse contexto é que se estabelece o *jus puniendi*, ou seja, o poder que tem o Estado de criar os tipos penais por meio das leis e punir, executando suas decisões condenatórias, caso tais leis sejam descumpridas²⁵². Esse direito de punir cuja titularidade é exclusiva do Estado, de forma soberana e em decorrência do seu poder de império, não é ilimitado, pois tem seus limites traçados pelo próprio ordenamento jurídico-penal e pelo direito de liberdade, assegurado a todos os indivíduos pela Constituição²⁵³. “Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido, senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado”²⁵⁴.

Quando se tem, abrigados na Constituição, direitos fundamentais que expressam valores constitucionais precípuos do Direito Penal, evidencia-se, na relação entre Constituição e Direito Penal, o objetivo de delinear os limites ao poder punitivo do Estado e a garantia contra arbítrios e retrocessos²⁵⁵. Assim, “a Constituição influencia diretamente o Direito Penal ao dispor sobre o alcance e limites do *jus puniendi*, em face dos direitos e garantias fundamentais do cidadão”²⁵⁶.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de Direito social e democrático.²⁵⁷

Os direitos fundamentais podem ser definidos numa dimensão subjetiva, sendo, conforme Konrad Hesse, “**direitos básicos jurídico-constitucionais** do particular, como homem e como cidadão”²⁵⁸, ou seja, a dimensão subjetiva, corresponde à

²⁵¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

²⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 7.

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 5.

²⁵⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

²⁵⁵ CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. **Direito Penal e Constituição**. 2012 Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/208669/verde.pdf>. Acesso em 15 ago. 2020. [Documento não paginado].

²⁵⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 61.

²⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 9.

²⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 232.

característica dos direitos fundamentais de, “em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”²⁵⁹. Há também a dimensão objetiva, na lição de Daniel Sarmento:

Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos.

Se, por um lado, tem-se os direitos fundamentais pensados na esfera do sujeito, podendo o indivíduo exigir do Estado a proteção e a prestação dos direitos (dimensão subjetiva); por outro, tem-se os direitos fundamentais estabelecendo uma proteção estatal dos direitos para evitar lesões por parte do próprio Estado ou por particulares (dimensão objetiva). Vê-se, assim, os direitos fundamentais como a essência da Constituição e como instrumentos de limitação e legitimação do poder de punir do Estado e do próprio Direito Penal. O Direito Penal, portanto, precisa se estruturar, em sua construção e aplicação prática, nas bases estabelecidas pela Constituição e, por consequência, pelos direitos fundamentais. Daí porque Ivan Luiz da Silva²⁶⁰ assegura que:

O Direito Penal de um Estado de Direito democrático é informado por princípios que visam garantir os direitos individuais mais fundamentais do cidadão, *verbi gratia*, os direitos inerentes à pessoa humana. Assim, consagrados esses princípios nos códigos de Direito Penal, foram transportados, reflexamente, para as Constituições. Com efeito, a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*.²⁶¹

Dessa forma, resta estabelecida como indispensável a relação entre o Direito Penal, a Constituição e os direitos fundamentais, devendo o Direito Penal existir apenas na consonância com a concretização e proteção dos valores fundamentais, constitucionalmente estabelecidos.

Mais que isso, percebe-se:

[...] a paulatina ampliação do conteúdo do princípio *ne bis in idem*, sendo, atualmente, aplicado em dois sentidos: (a) na vertente processual, corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e (b) na vertente material, diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos

²⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

²⁶⁰ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

²⁶¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p.57-58.

mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.²⁶²

Nesse contexto, no âmbito do Direito Penal, o princípio do *ne bis in idem* é interpretado de forma ampla, de tal modo que não é proibido somente a dupla persecução e penalização pelo mesmo fato. Deve-se, também, ser levado em conta a reavaliação de elementar do tipo penal ao ser fixada a pena, e a dupla valoração da mesma circunstância, visando majorar a reprimenda em momentos diferentes do sistema trifásico de dosimetria da pena. Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro apresentou, de forma implícita, no art. 61, que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...]”.

Paulo Queiroz ressaltou que alguns magistrados, por meio dos recursos linguísticos, provocam a pena do réu como fundamento em determinadas circunstâncias que compõe o tipo penal em si, o que, configura *bis in idem*.²⁶³ Vale ressaltar que o crime que está tipificado no art. 317 do Código Penal é considerado próprio, devendo o sujeito ativo ser necessariamente servidor público para praticá-lo. Dessa forma, é impedida a utilização do fato de o acusado ser agente da polícia federal para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Da mesma forma, que deve ser vedada a utilização do argumento de que o acusado visava o “lucro fácil” para desvalorar os motivos do delito, em especial quando se tratar de crimes contra o patrimônio e crime de tráfico de drogas, uma vez que esta é uma circunstância inerente à elementar do tipo penal. Diante da possibilidade da violação ao *ne bis in idem*, ao se utilizar um mesmo fundamento para exasperar a pena em momentos diversos da dosimetria da pena.

Nesse contexto, ao considerar o *bis in idem* na dosimetria da pena, verificada a existência de condenação anterior do réu, que configure reincidência, não poderá o aplicador do direito utilizá-la na primeira fase, para exasperar a pena-base a título de maus antecedentes ou para desvalorar a conduta social e personalidade do agente²⁶⁴. Nesse sentido, a Súmula 241 editada pelo Superior Tribunal de Justiça quando

²⁶² SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem: Limites Jurídico-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito. Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006, p.150. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁶³ QUEIROZ, Paulo. *Bis in idem na fixação da pena do crime de tráfico privilegiado*. 2011. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/bis-in-idem-na-fixacao-da-pena-docrime-de-trafico-privilegiado/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²⁶⁴ TASHIRO, Priscila Sayuri Yamaguti. *O princípio do ne bis in idem na aplicação da pena do crime de tráfico privilegiado* (§4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/06). Brasília, 2015 Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8541/1/21107263.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

estabelece que "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial"²⁶⁵.

Diante desse contexto, no caso de múltiplas qualificadoras, a Corte Superior tem um entendimento de que, havendo o réu duas ou mais condenações aptas a configurar a reincidência, não há violação do princípio *bis in idem*, ao considerar uma delas na segunda fase como agravante genérica e a outra, na primeira fase para exasperar a pena-base a título de maus antecedentes.

Nesse sentido,

[...] o paciente possuía mais de uma condenação transitada em julgado, sendo que uma foi utilizada para os maus antecedentes, e, a outra, como agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Desse modo, os maus antecedentes ostendidos pelo paciente, a despeito da inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.²⁶⁶

Observa-se que ao ser considerado na aplicação da pena, cabe aos juristas analisar o caso concreto e sanar à luz do princípio do *ne bis in idem* qualquer ilegalidade, deixando claro que esse princípio deve ser interpretado de uma forma ampla no Direito Penal, sendo proibido não só que o Réu seja novamente processado e sancionado pelos mesmos fatos, mas evitando-se, também, qualquer reavaliação de uma mesma circunstância no agravamento da pena do indivíduo, seja decorrente do fato de integrar o próprio tipo penal ou de ser constatado duplamente no decorrer da dosimetria.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 241. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁶⁶ TASHIRO, Priscila Sayuri Yamaguti. **O princípio do ne bis in idem na aplicação da pena do crime de tráfico privilegiado** (§4.º do art. 33 da lei 11.343/06). Brasília, 2015, p. 3 Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8541/1/21107263.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CONCLUSÃO

Por fim, cumpre tecer algumas considerações finais sobre o tema. Para maior clareza, será retomada a primeira pergunta proposta, para verificar se a pesquisa foi suficiente para respondê-la: a tramitação de diversos processos em instâncias diferentes, sobre o mesmo fato e fundamento, colide com o princípio do *ne bis idem*?

Como se viu, ao longo do presente trabalho, a resposta é sim. E, pode se dizer mais. A tramitação de diversos processos em instâncias diferentes, sobre o mesmo fato e fundamento colide não só com o *ne bis idem*, mas também com outros princípios constitucionais que, se forem respeitados, podem auxiliar na relação harmoniosa entre os poderes e as suas manifestações sancionadoras.

A busca pela organização jurídica e política, materializada por meio da Constituição Federal, impôs uma divisão de funções em cada esfera de poder e incluiu, em cada uma dessas searas, o poder de sancionar exercido por diversos órgãos com competências legais para tanto.

Nessa esteira, o exercício da função do estado sancionador por meio de diversas manifestações emanadas por poderes diferentes, torna possível afirmar que as decisões fundamentadas somente na independência e harmonia conflitam com o texto de alguns princípios fundamentais que emanam da Lei Maior.

Dessa feita, é possível sustentar que a tramitação concomitante de processos nas instâncias penais e administrativas colide, sobremaneira, com as garantias constitucionais. Essa acumulação de múltiplas sanções pelo mesmo fato e fundamento coloca em xeque não só a garantia da aplicação no *ne bis idem*, mas também do princípio da razoabilidade. Ao se permitir que atos emanados do Poder Público desrespem a relação harmoniosa entre os poderes, autoriza-se, também, que as decisões, sejam elas na esfera judicial, legislativa ou administrativa, deixem de ser coerentes, justas, racionais e razoáveis.

A necessária razoabilidade atua como instrumento de proteção, exigindo que os atos praticados contenham, em si, a presunção da normalidade. A razoabilidade opera na interpretação dos fatos descritos. Como regra jurídica, preserva a manifestação final do ocorrido com base em todas as suas especificidades.

A razoabilidade, como corolário constitucional, busca a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. Como princípio, impede a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Para aplicação da razoabilidade, a realidade não pode estar desvinculada da previsão legislativa.

Não se trata somente de analisar a relação direta entre meio e fim, mas entre o critério adotado e a medida imposta na manifestação do Estado sancionador. À eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito e do devido processo legal soma-se a eficácia do princípio da igualdade, que impede a utilização de critérios distintivos inadequados.

A condução do legislador e do sistema pátrio que, sem critérios claros de proteção e limitação ao exercício das manifestações sancionadoras, vem permitindo a multiplicidade de condenações, diverge, frontalmente, do que é a garantia do princípio da razoabilidade, ao autorizar diversas manifestações condenatórias por diversos órgãos. Torna-se importante frisar, que aqui não se discute somente a valoração da pena de cada órgão, mas sua tramitação concomitante.

Ao considerar o disposto em todo trabalho, é possível observar que as garantias de defesa do acusado, nem sempre se encontram, plenamente, preservadas. O ato de ser acusado mais de uma vez pelo mesmo fato e ter decisões divergentes a partir dessas acusações, violam princípios constitucionais. Impor ao acusado uma multiplicidade de condenações, permitindo a ausência de harmonia na aplicação das sanções e garantias fundamentais a um processo sancionador, possibilita submetê-lo a manifestações sancionatórias em detrimento de outras já existentes.

A existência de um sistema harmônico evitaria a colisão entre princípios, sobretudo os constitucionais aplicáveis ao tema. O fato de ser permitida a existência de tramitação concomitante de processos sancionadores, oriundas da mesma situação, leva, invariavelmente, ao conflito entre decisões de órgãos independentes e traz, não somente a insegurança ao jurisdicionado, como também desrespeito à razoabilidade.

Repita-se que não se buscou, durante desenvolvimento do tema, apenas encontrar uma doutrina que permitisse o estaque da multiplicidade de procedimentos ou manifestações que preguem uma divisão absoluta e rígida das funções sancionadoras. Por certo, tal pesquisa não atingiria a plenitude de seus fins, já que a perquirição maior é pela harmonia entre os julgados e, em alguns momentos, a primazia de algumas decisões sob outras.

Não há como não defender que a harmonia dos poderes sancionadores passa pela primazia de algumas decisões. Esse entendimento evitaria, *a priori*, que demandas tramitem dissociadas dos princípios constitucionais e das discussões do Direito Penal, mesmo que de forma subsidiária e fragmentária.

Dessa forma, as situações descortinadas durante a presente discussão são essenciais para uma nova leitura da teoria da autonomia e independência das instâncias no ordenamento jurídico brasileiro, sob as perspectivas dos institutos do Regime Constitucional Sancionador, já citada desde a introdução do estudo nos primeiros capítulos.

A razoabilidade, aqui defendida, frente a diversas manifestações sancionadoras que atacam o *ne bis idem*, servirão para o réu como precedente favorável, ao desautorizar simplesmente a manifestação do estado sob a justificativa da independência dos poderes.

A atual autorização de tramitação concomitante, em claro desrespeito ao corolário fundamental da razoabilidade, atinge a própria dignidade da pessoa humana. Ao permitir que, de forma legítima, uma autoridade sancionadora, em cumprimento imprudente de prestação jurisdicional, imponha condenações concomitantes, põe em risco a própria realidade vinculante e indisponível do princípio da razoabilidade.

A concretização da dignidade da pessoa humana ocorre com o reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados por todos e pelo Estado. Essa preservação da dignidade não autoriza que o princípio da razoabilidade seja desrespeitado, por escolha do legislador e das últimas manifestações jurisprudenciais que visam, por si só, proteger a independência das instâncias.

À luz do apanhado europeu mencionado na presente pesquisa, o *ne bis in idem* é entendido como direito fundamental, impedindo a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos, independentemente do resultado do processo anterior, fundando-se nos princípios de segurança e nos efeitos negativos da coisa julgada. Por outro lado, seu aspecto material impede a aplicação de mais de uma punição pelos mesmos fatos.

Uma das principais consequências da aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica europeia, em especial a espanhola, é a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vincula a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilita punição administrativa às pessoas

penalmente condenadas e exige que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

Trazendo para a realidade nacional, a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação, sem buscar qualquer primazia. Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

Todavia, o reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais. Isso, porque não se pode desobedecer a princípios tão caros como a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana, mitigando assim, a defesa, quase que absoluta, da teoria da autonomia e independência das instâncias, ao se permitir a tramitação concomitante.

A derradeira análise deste trabalho evidencia, por meio de uma perspectiva dos precedentes elaborados pelo TEDH e TJUE, que possibilitaram a maior proteção dos direitos fundamentais, que, no Brasil, optou-se por adotar um caminho diferente, que induz a uma regressão do *ne bis in idem*, em nome da independência e autonomia das instâncias.

Baseado nessas premissas, ao relacionar a resposta ao problema de pesquisa com a necessidade de incluir no ordenamento jurídico brasileiro a harmonia das decisões, que perpassam pela razoabilidade das manifestações, a busca ao respeito à dignidade da pessoa humana e a possibilidade de incluir a primazia do Direito Penal como forma equilibrada de impedir abusos, admite-se que esse conjunto, harmoniosamente integrado, trará maior eficiência ao ordenamento jurídico brasileiro.

A eficiência citada nada mais é do que o princípio capaz de implementar um modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal. Nesse sentido, economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo referido princípio.

A atual forma sancionatória admitida no Direito brasileiro, e evidenciada ao longo do trabalho, colide não somente com direitos fundamentais, mas também com

valores do estado democrático de Direito. Fato este que urge harmonização das manifestações dos poderes sancionadores. Essa harmonia deve estar presente na sistematização do tema e na convivência mais equilibrada entre direitos, deveres e penalizações pelo seu descumprimento. Isso, porque a atual dinâmica do sistema deixa de considerar o objetivo da carta magna, que é, também, proteger todos os princípios fundamentais, e, aqui cito, por serem especiais ao estudo do tema, a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana.

Assegurar o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana impede que o alicerce de todo ordenamento jurídico seja desrespeitado pela simples necessidade de autorizar diversas tramitações independentes, com base em mesmo fato.

Assumimos, assim, que para evolução das garantias constitucionais, frente à autorização de diversas tramitações concomitantes de processos com mesmo fato e fundamento, deve-se exigir uma atuação mais harmônica entre os poderes, uma necessária organização, inclusive entre as manifestações sancionadoras, considerando a primazia do Direito Penal frente a outras tramitações que possam manifestar-se de maneira contraditória às decisões emanadas do Direito Penal.

O apontamento dos anseios descritos nesse trabalho serviu, sem dúvida, para trazer mais clareza sobre a necessidade de evolução sobre o tema. De se buscar soluções mais objetivas, capazes de impor ao sistema sancionador critérios mais claros de limitação da atuação, critérios estes que devem, ainda se aprofundados em novos estudos mais específicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16.ed. São Paulo: Método, 2017

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. Editora Método, 2012.

ALVES, Tadeu Furtado de Oliveira. Conceito e características dos direitos humanos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 out 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49894/conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito Administrativo e seu processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-993GAV>. Acesso em: 11 set. 2020.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade** n. 52, p. 204 a 240 jan./jun. 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. [O texto do filósofo grego é composto por oito livros (I: 1252a - 1260b, II: 1261a - 1274b, III: 1275a - 1288b, IV: 1289a - 1301b, V: 1301b - 1316b, VI: 1317a - 1323a, VII: 1323b - 1337a, VIII: 1337b - 1342b).] Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica_\(Arist%C3%B3teles\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica_(Arist%C3%B3teles)). Acesso em: 30 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis idem*. **Cuadernos Luis Jimenez de Asúan**. 19. Madrid Dykinson, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.).

Direito constitucional: novo direito constitucional. Doutrinas essenciais, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BENEVIDES, Isabella Almeida de Sá; PEREIRA, Raissa Pose. Os direitos fundamentais: perspectivas da União Europeia. **Revista do Programa de Direito da União Europeia**, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68240>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BICUDO, Hélio. **Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais.** Estudos av. São Paulo, v. 17, n. 47, p. 225-236, apr. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 ago. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

BJÖRK, Johannes. *Ne bis in idem in EU Law Later Developments in the Case law of the ECJ.* 2013. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4239032&fileId=4251490>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOCKEL, B.V. *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance, in ERA Forum*, 2013, p. 32. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4239032&fileId=4251490>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [(Constituição, 1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Brasília: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 fev. 2020. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição Federal (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. [Constituição Imperial (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 26.951. Relator: Ministro Luiz Fux, 07 de agosto de 2014. **STF**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 77.228/RS. [2007/0034711-6]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 2 de outubro de 2009. 5. T. **Diário de Justiça**, 07 de fev. 2008, p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.517.516/PR. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 17 de junho de 2019. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônica**, 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 104.123-SP. Min. Rogerio Schietti Cruz, 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça eletrônica**, 22 out. 2018 [Trecho do voto].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 432.568. Relatora: Laurita Vaz, 10 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônica**, 2 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n° 21.586/DF**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 15 de maio de 2015. **Diário de Justiça eletrônica**, 21 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n° 18188/GO. Ministro: Gilson Dipp, 2 de maio de 2006. 5. Turma. **Diário de Justiça**, 29 maio 2006, p. 267.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 8.806/SP. Relator: Min. Vicente Leal. 6. T. **Diário de Justiça**, de 21 de fevereiro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1116829. MG 2009/0007281-1. Relator: Ministro Jorge Mussi, 27 de setembro de 2011. 5. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 13 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 241**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n° 470. Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, 17 de dezembro de 2012. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 22 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 642.536-AgR. Relator: Ministro LUIZ FUX, 5 de fevereiro de 2013. 1. Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n° 86.606. Relatora: Min. Carmen Lucia, 22 de maio 2007. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, n° 072 e **Diário de Justiça**, 03 ago. 2007, p. 86.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravo em Recurso Extraordinário n° 639.337-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. 2. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 179. Relator. Ministro Dias Toffoli, 19 de fevereiro DE 2014. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n° 732.188-AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de junho de 2012. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 1 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n° 470. EDj-décimos quintos. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 5 de setembro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 107.556. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 31 de maio de 2011. 1. Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 1 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 117.599. Relatora: Ministra Rosa Weber, 3 de dezembro de 2013. 1. Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 62.196/MG. Relator: Min. Rafael Mayer, 26 de fevereiro de 1985. 1. Turma. **Diário de Justiça**, 15 mar. 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 80.263/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão, 20 de fevereiro de 2003. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 80.621/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Néri da Silveira, 3 de abril de 2001. 2. Turma. **Diário de Justiça**, 8 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 83.674, Relator: Min. Carlos Velloso, 16 de março de 2004. 2. Turma. **Diário de Justiça**, 16 abr. 2004, p. 88.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 92.438/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgamento, 19 de agosto de 2008. 2. Turma. **Diário de Justiça eletrônico n° 241**, 18 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 92.626. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de março de 2008. 1. Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 2 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 93.815. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 4 de abril de 2013. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, 6 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 95.985. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de fevereiro, de 2011. 2. Turma. **Diário de Justiça Eletrônica**, 12 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 103.501. Relator: Ministro Dias Toffoli, 24 de agosto de 2010. 1. Turma. **Diário de Justiça Eletrônica**, 22 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 21.545/ SP. Relator: Ministro Moreira Alves, 11 de março de 1993. Plenário. **Diário de Justiça**, 2 abr. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 23.146. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 19 de agosto de 1999. Plenário. **Diário de Justiça**, 24 set. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.188/RJ. Relatora: Ministro Ellen Gracie, 28 de novembro de 2002. Plenário. **Diário de Justiça**, 19 dez. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.625-6/DF. Relator: Ministro Maurício Correa, 8 de novembro de 2001. Plenário. **Diário de Justiça**, 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.880/DF. Relator: Ministro Eros Grau, 7 de fevereiro de 2007. Plenário. **Diário de Justiça**, 16 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 30.455/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 de maio de 2012. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 25 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 290.549-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 28 de fevereiro de 2012. 1. Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 29 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 19**. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Aprovação em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2102>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 524**. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas. Aprovação em 13 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2102>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 649**. É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades. Aprovação em 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 453.000. Relator: Ministro Marco Aurélio, 4 de abril de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 3 out. 2013. Repercussão Geral. Tema 114.

BRAVO, Teresa Maria da Silva Bravo. **O ne bis in idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da concorrência**: uma análise judiciária. Tese com vista à obtenção do grau de Doutor/a em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, dezembro, 2014. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16343/1/Bravo_2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRUYNE, P., HERMAN, J.SCHOUTHEETE, M. **Dinâmica da pesquisa em ciências sociais**: os pólos da prática metodológica. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*. **Revista de Administración**

Pública, n. 156, 2001, p. 191. Texto completo (pdf). Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>. Acesso em: 02 nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARMO, Luís Mota. **O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu**. Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, 2009. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARMO, Luís Mota. **O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu**. Dissertação do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, 2009. p.15 Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

CORDEIRO, Isidoro Blanco. *Universal Jurisdiction: general report*. **International Review of Penal Law**. 2008/1. v. 79. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-59.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

COSTA, Alexandre Massarana da. Direito punitivo estatal: as sanções aplicáveis pela administração pública no âmbito dos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5281, 16 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59179>. Acesso em: 13 out. 2020.

COSTA, Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Integração jurídico-penal na união europeia: notas críticas e limites dogmáticos. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013. v. 5, n. 9, jul.-dez. p. 289-311. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista10/integracaoVictor.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo, Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

EQUIDADE in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FERRAZ, Sergio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRANÇA. *Constitucion Française* (1791). Disponível em: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/cf91.pdf> Acesso em: 04 nov. 2020.

FREITAS, Ivan Vianna de. A evolução dos direitos fundamentais na união europeia: do silêncio inicial dos tratados à adesão à convenção europeia de direitos humanos. **Revista do programa de Direito da União Europeia**. 2015.

FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Princípios penais constitucionais. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**. v. 84., jul-set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GARCIA, Fábio Bittencourt. Breves considerações sobre a União Européia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 10 set. 2020.

GARRIGA, Georgina. O espaço judicial europeu: a cooperação judiciária penal e civil. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3. Reg., Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p.163-200, jan./jun.2009. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/georgina_garriga.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

GIUBLIN, Priscila Nascimento. **A política sancionadora estatal e o princípio *ne bis in idem***. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2019/PRISCILA-NASCIMENTO-GIUBLIN.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo**. 2. ed. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, p. 12, jan./mar. 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandato de detenção europeu. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 435-472, jan.-abr. 2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129-130.

LEON VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulacion de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis idem**. Barcelona: Bosch, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1982.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOURENCETTE, Lucas Tadeu. **Magna charta libertatum**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6582/Magna-charta-libertatum>. Acesso em: 10 set. 2020.

LUCAS, Carolina Rita Belo. **A Interpretação do Princípio ne bis in idem no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84091/1/Tese%20Carolina%20Lucas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis idem*” e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 4, n.16, jul./set. 2005.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Infrações administrativas ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei n. 3.467/00. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, v. 9, p. 239-265, jan./jul. 2002.

MASSON, Nathalia. **Direitos e Garantias Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da união europeia à convenção europeia de direitos do homem e a interação entre o tribunal de justiça da união europeia e a corte europeia de direitos humanos. **Cadernos do Programa de Pós Graduação**. Direito/UFRGS, v. 9. n. 1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/45572>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a interação entre o tribunal de justiça da união europeia e a corte europeia de direitos humanos. **Cadernos do Programa de Pós Graduação**. Direito/UFRGS, v.9.n.1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/45572>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador** – Sanções administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal: EDUFRN, 2015.

NÉMEDI, Márk. *Ne bis in idem: a separation of acts in transnational cases? Perspectives on Federalism*, v. 7, issue 2, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682510. Acesso em: 19 ago. 2020.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2018. p. 383.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**: [arts. 1º a 120 do Código Penal]. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Marcio Luís. A constituição devidamente adequada. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **A Proteção Internacional da Pessoa Humana, a Hospitalidade e os Deslocamentos Forçados por Mudanças Climáticas e por**

Desastres Ambientais. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASUGJX/1/tese_doutorado_luciana_diniz_duraes_pereira.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito.** v. 26. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PITON, André Paulino. A cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia a prova e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica.** v. 24, n. 2 - maio-ago. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. v.1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Bis in idem na fixação da pena do crime de tráfico privilegiado.** 2011. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/bis-in-idem-na-fixacao-da-pena-docrime-de-trafico-privilegiado/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador.* **Revista de Derecho.** n. 40, julio-diciembre, 2013, p. 1-29. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85131028001.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente; PARENTE, Analice Franco Gomes. A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana. **Publica Direito.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736bRDA_179-180/117-123. Acesso em: 04 nov. 2020.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldade. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal.** Porto Alegre. v. 5, n. 2, p. 819-854, mai.-ago. 2019.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne bis in idem:** limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SANTOS Juarez Cirino. **Direito Penal:** Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Margarida; MONTE, Mário João Ferreira; MONTEIRO, Fernando Eduardo Batista Conde. **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga. Dezembro de 2017. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>. Acesso: 10 ago. 2020.

SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**. Porto Alegre. v. 5, n. 1, p. 219-251, jan.-abr. 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: DE PAULA, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho actual**. Granada: Comares, 2005.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito Penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin(Org.). **Direito Constitucional: novo direito constitucional**. Doutrinas essenciais, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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. **RDC**. v. 2, n. 2, nov. 2014.

SIQUEIRA, Flavia Pollyana Dias. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2014. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/29994/a-carta-dos-direitos-fundamentais-da-uniao-europeia>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008.

TASHIRO, Priscila Sayuri Yamaguti. **O princípio do *ne bis in idem* na aplicação da pena do crime de tráfico privilegiado** [§4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/06]. Trabalho de Conclusão de curso de Graduação. Centro Universitário de Brasília. Orientador: Georges Seigneur. Brasília, 2015 Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8541/1/21107263.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

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 Europeia**. Coimbra: Julgar, 2011, n. 14.

Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/04-DEBATER-Agostinho-Torres-O-princ%C3%ADpio-Ne-bis-in-idem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

TRAYTER, Juan Manuel. *Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, EU:C:2013:107

UNIÃO Europeia. Tratado da União Europeia. **União Europeia**. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt. Acesso em: 06 dez. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2001.

VERA, Jose Bermejo. *Derecho Administrativo*: Parte Especial. 7. ed. Pamplona: Aranzadi, 2009.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.