



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Beatriz Daguer

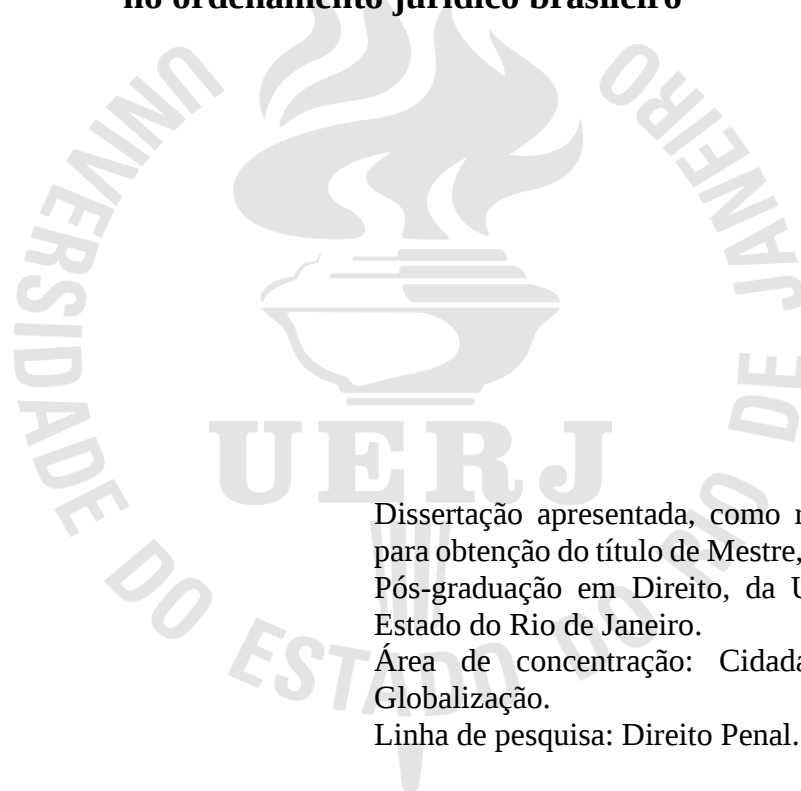
**A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador:
a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção no
ordenamento jurídico brasileiro**

Rio de Janeiro

2023

Beatriz Daguer

A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo
Sancionador: a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção
no ordenamento jurídico brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D128 Daguer, Beatriz.

A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo
Sancionador: a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção no
ordenamento jurídico brasileiro / Beatriz Daguer. - 2023.
167 f.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Corrupção - Teses. 2. Improbidade administrativa – Teses. 3. Ação
penal pública – Teses. I. Tangerino, Davi de Paiva Costa. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.3 (81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Beatriz Daguer

**A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador:
a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção no
ordenamento jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 06 de fevereiro de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Christiano Fragoso
Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro
2023

DEDICATÓRIA

À minha mãe Morgana, à minha avó Alzira, à minha madrinha Leda e às irmãs Gabriela,

Fernanda e Marília.

Aos meus sobrinhos, Pedro e Paula.

Ao meu amor, Rafael, que me apoiou incondicionalmente durante todo o percurso.

AGRADECIMENTOS

A tarefa de concluir uma dissertação de mestrado não é fácil. O processo de desenvolvimento da pesquisa, por vezes, é lento, árduo e solitário. Contudo, se pude finalizar o trabalho, devo muito a várias pessoas com as quais partilhei as angústias e as alegrias vivenciadas durante a jornada.

Como não poderia deixar de ser diferente, o primeiro agradecimento é dedicado ao meu noivo Rafael, que me apoiou irrestritamente durante todo o percurso e sem nenhuma cobrança. Me faltam palavras para explicar o quanto você foi fundamental durante o caminho. A sua força e incentivo foram cruciais para alcançar este objetivo e, além disso, as discussões jurídicas que tivemos também estão refletidas nos rumos que o trabalho tomou.

Agradeço à minha mãe, por toda base sólida e os valores que me ensinou e que me trouxeram até aqui. Se tive a oportunidade de realizar um mestrado, foi porque você abdicou de tantas coisas para me proporcionar o caminho do estudo e da independência. Ouvir as suas palavras após um dia difícil tranquilizam qualquer coração. Obrigada por ser tudo para mim!

Agradeço à minha madrinha Leda, minha segunda mãe, a qual desde que me conheço por gente nunca mediu esforços para realizar os meus propósitos e esteve ao meu lado em absolutamente todas as circunstâncias.

Às minhas irmãs Gabriela, Fernanda e Marília (que não é de sangue, mas é de outras vidas), agradeço por darem sentido à minha vida, assim como os meus sobrinhos Pedro e Paula.

A escolha do meu orientador não poderia ter sido melhor. O Professor Davi de Paiva Costa Tangerino, com a calma, compreensão e sensatez que lhe são características, tratou de discutir de forma singular os rumos da pesquisa, dando todo o suporte necessário para a concretização deste sonho. Agradeço imensamente o acolhimento, a confiança e a orientação que permitiram a conclusão do trabalho.

Agradeço especialmente à Professora Talita, que desde a graduação despertou em mim o interesse por ingressar em um programa de mestrado, e me auxiliou não só durante as etapas de preparação e estudo, mas também em momentos cruciais e difíceis que vivenciei nos últimos anos. A realização desta pesquisa também é sua.

Não há como deixar de agradecer aos meus grandes amigos Aron e Ádrian, que há oito anos estão ao meu lado em todos os momentos, sem exceção.

Por fim, à todos os meus familiares e amigos, agradeço pelo carinho e compreensão nos tantos momentos de ausência. Seria impossível nominar todos.

Agradeço a todos os professores do PPGD da UERJ, em especial o Professor Christiano Fragoso, que compôs a banca de qualificação junto à Professora Helena Regina Lobo da Costa, e que tanto contribuíram para o aperfeiçoamento da pesquisa. Vocês foram essenciais.

Este trabalho é fruto da colaboração de todos vocês.

RESUMO

DAGUER, Beatriz. *A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador*: a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro. 2022. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a discussão referente à sobreposição normativa e a consequente multiplicidade sancionatória advinda de atos de corrupção no Brasil, notadamente no que diz respeito à intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Na prática, o problema inicial pauta-se no fato de que com o cometimento de um ato ilícito considerado corrupto tanto pelo Código Penal quanto pela Lei de Improbidade Administrativa poderá ser sancionado duas vezes, o que é capaz de gerar evidente desproporcionalidade a partir da gravidade da conduta. A hipótese inicial questionou se há ocorrência de *bis in idem* entre a propositura de ação penal e ação civil pública por ato de improbidade administrativa em razão da prática do mesmo ato. Em que pese o dogma da independência entre as instâncias figure como óbice ao seu reconhecimento, a investigação mostrou que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência e a legislação têm caminhado no sentido de reconhecer a interdependência entre as esferas punitivas e viabilizar a atuação conjunta entre as instâncias. Ademais, configura-se como importante elemento de corroboração a teoria da unicidade do poder punitivo estatal, a qual concebe a relação entre as esferas do Direito, entendendo que a seara penal e a administrativa sancionadora figuram como manifestações de uma mesma singularidade. De outro modo, ainda que o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 preveja as possíveis punições aos atos de improbidade administrativa sem prejuízo da ação penal cabível, viu-se que ele não determina expressamente que a utilização das instâncias penal e administrativa ocorra em razão da prática de um só ato, visto que há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras como infrações administrativas. À luz dos postulados descritos, constata-se a necessidade de se reconhecer a unidade do poder punitivo estatal e de se estabelecer um diálogo entre as instâncias punitivas que visam coibir atos de corrupção entre ação penal e ação de improbidade administrativa, sob pena de incorrer em *bis in idem*, principalmente quando se considera o caráter repressivo entre as sanções aplicáveis, buscando-se privilegiar a seara penal, em razão de sua observância a critérios mais rigorosos à garantias fundamentais. A partir da experiência internacional, viu-se que há entendimento no sentido de que deve ser analisado o conteúdo material da infração para fins de verificação da ocorrência da dupla punição. Ao final, foram propostas duas soluções: a primeira é no sentido de que haja uma escolha pelo órgão acusatório para sancionar o indivíduo, em razão de sua semelhança material e a segunda no sentido de que haja uma predileção pela seara penal em detrimento da administrativa sancionadora, observando-se o resultado da seara penal, que conta com maiores garantias fundamentais. Para tal propositura, empregou-se a abordagem hipotético-dedutiva, para verificar a confirmação da hipótese e suas variáveis, com a técnica de documentação direta, análise legislativa e decisões judiciais e administrativas, bem como indireta, partindo de pesquisas doutrinárias nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Corrupção. Improbidade administrativa. Bis in idem.

ABSTRACT

DAGUER, Beatriz. *The intersection between Criminal Law and Sanctioning Administrative Law: the sanctioning multiplicity in acts of corruption in the Brazilian legal system*. 2022. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

This research aims to analyze the discussion regarding the normative overlap and the consequent sanctioning multiplicity arising from acts of corruption in Brazil, notably with regard to the intersection between Criminal Law and Sanctioning Administrative Law. In practice, the initial problem is based on the fact that with the commission of an unlawful act considered corrupt both by the Penal Code and by the Law of Administrative Improbity, can be sanctioned twice, which is capable of generating evident disproportionality based on the gravity of conduct. The initial hypothesis questioned whether there is an occurrence of *bis in idem* between the filing of a criminal action and a public civil action for an act of administrative improbity due to the practice of the same act. Despite the dogma of independence between the instances appearing as an obstacle to its recognition, the investigation showed that both the doctrine, the jurisprudence and the legislation moved towards recognizing the interdependence between the punitive spheres and enabling joint action between the instances. Moreover, the theory of the state's uniqueness punitive power is configured as an important corroborating element, which conceives the relationship between the spheres of Law, understanding that the criminal harvest and the administrative sanction figure as manifestations of the same singularity. Otherwise, even if the provisions of art. 37, § 4, from the 1988 Federal Constitution, provides possible punishments for acts of administrative improbity without prejudice to the appropriate criminal action, it was seen that it does not expressly determine that the use of criminal and administrative instances justified due to the practice of a single act, since there are conducts that must be classified as criminal offenses and others as administrative offenses. In the light of the written postulates, there is a need to recognize the unity of the state punitive power and to establish a dialogue between the punitive instances that aim to curb acts of corruption between criminal action and action of administrative improbity, under penalty of incurring in *bis in idem*, especially when considering the repressive character among the satisfactory ones, seeking to privilege the criminal area, due to its observance of more rigorous criteria about fundamental guarantees. From the international experience, it was seen that there is understanding in the sense that the material content of the infraction must be analyzed for the purpose of verifying the occurrence of the double punishment. In the end, there were two proposed proposals: the first is in the sense that there is a choice by the accusatory body to sanction the individual, due to its material similarity and the second in the sense that there is a predilection for the criminal area to the detriment of the administrative sanction, observing the result of the criminal harvest, which has the greatest fundamental guarantees. For this proposition, the hypothetical-deductive approach was used to verify the confirmation of the hypothesis and its variables, with the technique of direct documents, legislative analysis and judicial and administrative decisions, as well as indirect, based on national and international doctrinal research.

Keywords: Corruption. Administrative improbity. Bis in idem.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag. Rg.	Agravo Regimental
Art	Artigo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
HC	Habeas Corpus
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
Op. cit.	Opus citatum (obra citada)
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF	Tribunal Regional Federal
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O CONTEXTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL E A ATUAL ORDEM NORMATIVA DISFUNCIONAL	15
1.1 Teorização sobre a corrupção no âmbito da expansão do Direito Penal, a globalização e as novas formas de criminalidade na sociedade de risco	15
1.2 Aspectos relevantes acerca da corrupção no Brasil	24
1.3 A sobreposição normativa que visa proibir atos de corrupção e sua eficácia frente ao combate de criminalidade	33
2 O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA APROXIMAÇÃO	48
2.1 Breves notas sobre a função e os princípios do Direito Penal	48
2.2 A função e os princípios do Direito Administrativo Sancionador.....	57
2.3 A Administrativização do Direito Penal e a proximidade entre as duas esferas de punição ante o poder punitivo estatal.....	62
2.4 A relação entre ilícitos penais e administrativos e suas respectivas sanções.....	69
2.4.1 <u>Ilícitos penais e ilícitos administrativos.....</u>	70
2.4.2 <u>Sanções penais e sanções administrativas</u>	72
2.5 A Lei de Improbidade Administrativa, sua natureza e a correlação com a esfera penal	75
2.5.1 <u>Breves notas sobre a improbidade administrativa e a Lei nº 8.429/94.....</u>	75
2.5.2 <u>As modificações trazidas pela Lei nº 14.230/21 e o atual regramento da Lei de Improbidade Administrativa</u>	78
2.5.3 <u>A Lei de Improbidade Administrativa no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e as sanções de caráter penal nela previstas</u>	82
3 A MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA DECORRENTE DA PLURI-INCIDÊNCIA NORMATIVA E O DOGMA DE INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS	85
3.1 O princípio do <i>ne bis in idem</i> e suas facetas fundamentais	86
3.1.1 <u>Aspectos gerais relativos à proibição da dupla persecução e duplo sancionamento enquanto direito fundamental.....</u>	86

3.1.2	<u>Panorama histórico do ne bis in idem nos Tratados de Direito Internacional e a sua conformação constitucional no Direito brasileiro</u>	91
3.1.3	<u>As vertentes processual e material do ne bis in idem</u>	94
3.2	O reconhecimento da unidade sistêmica do poder punitivo estatal ante a proximidade das sanções aplicáveis ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador	99
3.3	A sobreposição punitiva à luz da Constituição Federal	104
3.3.1	<u>A independência de instâncias e a sobreposição normativa previstas na legislação pátria infraconstitucional</u>	106
3.3.2	<u>A vinculação legal da absolvição criminal em ação regida pela LIA</u>	110
3.4	O dogma da independência das instâncias e os caminhos que a jurisprudência brasileira precisa trilhar	112
3.5	A predileção doutrinária à seara penal em detrimento da administrativa sancionadora	118
3.6	A necessária observância aos critérios de proporcionalidade na atribuição das sanções penal e administrativa	120
4	A INCIDÊNCIA DA SOBREPOSIÇÃO NORMATIVA A PARTIR DE UM ILÍCITO: AÇÃO PENAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS FACETAS DOGMÁTICAS	126
4.1	Ação penal e ação civil pública em decorrência de um só ato: a incidência do <i>bis in idem</i> em atos de corrupção	126
4.2	O <i>ne bis in idem</i> nas Cortes Internacionais	130
4.2.1	<u>O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)</u>	131
4.2.2	<u>O Tribunal de Justiça da União Europeia</u>	133
4.2.3	<u>O Tribunal Constitucional Espanhol e o reconhecimento da dependência entre as instâncias administrativas e penal</u>	136
4.3	A busca por uma resposta congruente e uníssona: possíveis resultados a partir da pesquisa realizada	138
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
	REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

Não é demais reconhecer que o tema corrupção está na ordem do dia não só nos noticiários brasileiros, mas também no centro das principais discussões jurídicas que envolvem os grandes escândalos por eles propagados, notadamente após o advento do Mensalão e da Operação Lava-Jato.

A corrupção é vista como fenômeno universal, cujo aspecto multifacetário possui as mais diversas definições, que são modificadas de acordo com a ótica do indivíduo ou grupo que a analisa, com o espaço social e cultural que está inserido. De qualquer forma, é unânime que a corrupção pode ser caracterizada como uma fraqueza moral, haja vista que aquele indivíduo que a comete – seja perfazendo o disposto em uma norma ou não – age de acordo com seus interesses pessoais em detrimento da sociedade.

Em que pese o seu conceito careça de definição precisa, em especial nas últimas duas décadas, passou a ser conferida proporção acentuada de controle e atenção à matéria, visto que a problemática advinda do contexto corrupto e seus desdobramentos ultrapassa os limites elementares do Direito Penal: sua incidência é política, social, econômica, eleitoral, legislativa, administrativa, jurídica e internacional.

Na tentativa de acompanhar essa nova onda, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm tentado coibir atos de corrupção por meio do aprimoramento e recrudescimento do aparato de persecução penal, como resultado de um combate à macrocriminalidade, à criminalidade transnacional e à criminalidade política, em prol da Administração Pública.

Por conta disso, diversas normativas sobre o tema foram criadas, nas mais distintas esferas do Direito. Da análise da conjuntura vigente, não com dificuldade se constata que no ordenamento jurídico existe a tipificação dos mesmos fatos, simultaneamente, como crime e improbidade administrativa, e a consequente utilização do Direito Penal (Código Penal) e do Direito Administrativo Sancionador (Lei de Improbidade Administrativa), não se podendo olvidar da possibilidade de incidência de normas eminentemente administrativas e os procedimentos administrativos disciplinares. Isso quer dizer que uma pessoa pode ser punida diversas vezes em razão da prática de um único fato.

Além disso, merece destaque o caráter repressivo adotado pelas sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, que, por vezes, se aproximam muito daquelas impostas pelo Direito Penal. Em que pese tal fato, a jurisprudência pátria majoritária não enfrenta o problema e tampouco reconhece a intersecção entre as duas jurisdições, esbarrando sempre no

dogma da “independência das instâncias”, o qual não se mostra adequado ao nosso modelo democrático.

A partir da compreensão de que a teoria da autonomia das instâncias penal e administrativa sancionadora não se submete aos preceitos de um Estado de Direito constitucionalmente estabelecido, mostra-se necessária uma análise dogmática contundente no intuito de buscar soluções que não lesionem garantias fundamentais na órbita dos cidadãos, em especial a dupla persecução e punição em decorrência de apenas um fato atrelada à ideia de unicidade do poder punitivo estatal.

Verificada a existência de pluri-incidência normativa e sua consequente multiplicidade sancionatória, faz-se necessário refletir sobre os problemas, desafios e implicações advindas do desempenho do sistema de justiça brasileiro, uma vez que deve ser observado como as jurisdições que competem entre si desempenham seu papel e qual é a eficácia dos dispositivos nessas esferas, para o fim de obstar a ocorrência de *bis in idem*, princípio basilar ao Estado Democrático de Direito, bem como alcançar critérios mínimos de proporcionalidade na atribuição das sanções. É para isso que se presta o presente estudo.

Analisar-se-ão os limites constitucionais e infralegais da independência entre as instâncias sob a ótica da unicidade do poder punitivo estatal, investigando assim a possibilidade de incidência concomitante das duas normas de um ponto de vista garantista e dogmático.

Diante da falta de racionalização na elaboração legislativa e na aplicação jurídica no que se refere a atos de corrupção, a relevância do estudo está pautada na necessidade de aprofundamento da discussão, elaboração e implementação de critérios mínimos que não lesionem direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que busquem o combate à corrupção de forma satisfatória.

Quanto à metodologia utilizada, empregou-se a abordagem hipotético-dedutiva, a fim de verificar a confirmação da hipótese apresentada e suas variáveis. A técnica utilizada na pesquisa foi a de documentação direta, com análise legislativa, estudos de casos e decisões judiciais e administrativas, e, também, indireta, partindo de revisão bibliográfica de doutrina especializada no âmbito nacional e internacional, orientando-se pela vertente jurídico-dogmática.

Discorrido sobre a necessidade quanto à relevância do trabalho e a linha metodológica utilizada, passa-se a análise dos capítulos que seguem.

No primeiro capítulo, será efetuada a abordagem acerca das noções essenciais sobre o contexto da corrupção no Brasil, da expansão do Direito Penal, da globalização e das novas formas de criminalidade moderna, bem como a atual ordem normativa disfuncional que surge

de um pretense recrudesimento por parte do Estado, com a consequente adoção de um critério eminentemente legalista de corrupção.

Neste ponto, será analisada em uma perspectiva ampla também a sobreposição de normas que objetivam coibir atos de corrupção, no entanto, com o intuito de limitar a pesquisa a resultados exequíveis. O objeto do trabalho se concentrará especificamente nos atos de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal e no disposto na Lei de Improbidade Administrativa e não nas demais modalidades apresentadas.

Por conseguinte, o segundo capítulo abordará noções essenciais acerca da diferenciação clássica entre as funções e princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, bem como relacionar os ilícitos penais e administrativos e suas respectivas sanções, tendo em vista a ocorrência dos fenômenos intitulados “Administrativização do Direito Penal” e “Penalização do Direito Administrativo Sancionador”.

Em seguida, trata-se, no terceiro capítulo, dos aspectos teóricos que envolvem o princípio do *bis in idem* e suas facetas processual, material e transversal, bem como o seu reconhecimento como garantia fundamental contemplada pelo texto constitucional a partir de tratados internacionais ratificados pelo país, de acordo com o teor do art. 5º, § 3º, da Carta Magna.

Ademais, este tópico buscará demonstrar a aplicação da proibição à dupla persecução e punição pelo mesmo fato entre a jurisdição penal e administrativa sancionadora, com base na teoria da unicidade do poder punitivo estatal, bem como formular análise das normas constitucionais e infraconstitucionais, e também da jurisprudência a respeito da in(ter)dependência entre as instâncias.

Ver-se-á, ainda, que a seara penal deve prevalecer em detrimento da administrativa, por se consagrar como o palco mais especializado do Estado para a apuração de ilícitos, uma vez que observa as garantias do contraditório e da ampla defesa, além do caráter de *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade que lhe é inerente. Ainda, será suscitada a imprescindibilidade de atenção aos critérios de proporcionalidade quando houver incidência de duplo sancionamento nas esferas penal e administrativa conjuntamente, diante do ato ilícito que for praticado pelo indivíduo.

Por derradeiro, o quarto e último capítulo contemplará um exame muito mais específico sobre a propositura de ação penal e ação por ato de improbidade administrativa e a imposição de suas respectivas sanções, compreendendo-se que há incidência do *bis in idem* e de uma inequívoca desproporcionalidade. Também serão analisadas decisões proferidas por Cortes

internacionais e de que forma a sua jurisprudência pode auxiliar a solucionar a problemática aqui abordada.

1 O CONTEXTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL E A ATUAL ORDEM NORMATIVA DISFUNCIONAL

Neste primeiro capítulo, buscar-se-á realizar uma abordagem geral do fenômeno da corrupção e o protagonismo que assumiu nas últimas décadas no cenário internacional, em razão da globalização, da transnacionalidade e da criação das novas formas de criminalidade na sociedade de risco.

Ao reconhecermos que a corrupção foi progressivamente introduzida no centro do debate político e jurídico brasileiro, impõe-se a verificação dos contornos interpretativos do tema, seja por meio de uma visão social, seja por parte do legislador ou do aplicador do Direito, tendo em vista o cenário normativo da incidência de múltiplas sanções a partir da prática de um ato considerado corrupto.

Traçadas essas premissas, de modo seguinte será realizado um aparato entre a corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos, esboçando a sua correlação com o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, ante a sobreposição de instâncias de controle e a possível incidência do *bis in idem*.

1.1 Teorização sobre a corrupção no âmbito da expansão do Direito Penal, a globalização e as novas formas de criminalidade na sociedade de risco

A corrupção, compreendida como manifestação de uma utilização desviada do poder, que dirige o seu exercício ao benefício próprio ou de um terceiro, dissociada do interesse geral¹, deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumpere*, que, por sua vez, significa deteriorização, depravação, alteração, e é largamente coibida pelos povos civilizados². Não se tratando de traço peculiar da época contemporânea, uma vez que ocorre desde os tempos mais remotos e, nas palavras de Nelson Hungria, ela é de todos os tempos³, entre outras inúmeras definições que podem ser encontradas.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez.. 2009 p. 8.

² GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 103-140, jul/set. 2003, p. 103.

³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 250 a 361. (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Vol. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 362-363.

Essas manifestações, que são conhecidas nas sociedades democráticas, mas se produzem em maior medida nas estruturas autoritárias, surgem na sociedade pós-moderna com protagonismo e figuram como um dos principais temas de discussão nas mais diversas áreas de estudo, podendo abranger tanto o setor público quanto o privado da sociedade, não tendo um conceito puramente jurídico e que varia de acordo com o enfoque que lhe é dado, ou seja, se trata de expressão polissêmica e quase indefinível⁴.

Nas palavras de Bechara e Fuziger⁵, a corrupção é um fenômeno onipresente na história da humanidade, variando apenas quanto ao nível e às formas específicas que toma em cada época e sociedade, evidenciando a pretensa incapacidade do Direito de estabelecer mecanismos de controle eficazes nesse sentido.

Inicialmente, para compreender a dimensão que lhe foi conferida, em especial nas últimas décadas, faz-se necessário formular breve análise histórica acerca da globalização, da transnacionalidade e das novas formas de criminalidade advindas da modificação das relações sociais, para então compreender o protagonismo assumido pelo tema a nível mundial, especialmente após a elaboração de diversos tratados internacionais sobre o tema.

A globalização, definida como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁶. No decorrer do século XX, o avanço tecnológico e científico originou situações de risco totalmente distintas daquelas vivenciadas anteriormente, na medida em que os Estados se viram incumbidos de acompanhar as modificações sociais e econômicas e buscar formas de atuação conjunta para resolução dos novos problemas.

Pode-se destacar como benefício da globalização a aproximação dos mercados por meio do encurtamento temporal para o percurso de distâncias de ordem física consideradas até então impeditivas de certas transações comerciais, o que garantiu certa harmonização jurídica. Ainda, tornou volátil a equação espaço-temporal, permitindo com que grandes contratos fossem elaborados, negociados e aperfeiçoados à distância, o que só foi possível com o avanço

⁴ Conforme Flávia Schilling, “mais do que considerar indefinível o termo corrupção, veremos como este se presta – forma quase vazia – para conter um número sempre diverso e mutante de práticas que, porém, tratam de relações entre quem detém poder decisório e quem detém o poder econômico”. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: legalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 44.

⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Coord.) *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 303.

⁶ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 60.

tecnológico dos meios de comunicação pessoal, a *internet*, que também admitiu que recursos financeiros se deslocassem virtualmente⁷.

Na mesma linha, Davi Tangerino acentua que o movimento da globalização atenuou a concepção iluminista de Estado soberano, implementando antes um grande mercado mundial, que trouxe uma forçosa mudança semântica à noção de soberania estatal, de modo que a globalização econômica atrelada à expansão das comunicações fez com que as operações econômicas se tornassem instantâneas⁸.

Nessa vertente, o fenômeno da transnacionalidade tem como característica marcante a impulsão pelo lucro, pelo capital, pelo acúmulo de riquezas, mantendo a ultravalorização do capitalismo e a desterritorialização das relações político-econômicas e enfraquecimento do Estado-soberano⁹.

Como bem sintetizado por Felipe Machado Caldeira¹⁰, diante da crescente intervenção do Estado no domínio econômico e diversas transformações presenciadas pela sociedade no século XX, o intervencionismo estatal passa a ser uma realidade na sociedade contemporânea e o Direito não poderia ficar alheio à essa modificação. Com isso, tem-se uma preocupação com os crimes econômicos no âmbito internacional, na medida em que se tornou necessário o desenvolvimento de uma resposta adequada e eficaz a eles.

Assim sendo, a internacionalização da criminalidade exigiu respostas jurídicas adequadas, revestidas de alcance também internacional e caracterizadas pela articulação de interesses e instrumentos de cooperação dirigidos à eficácia da intervenção penal, sem ignorar suas funções justificadoras e seus fundamentos de legitimidade material¹¹. De acordo com Ana Elisa Bechara, o surgimento deste Direito Penal internacionalizado oferece “novas e complexas questões jurídicas, cada vez mais presentes nas discussões internas de cada Estado, à medida que o processo de sua implementação leva, pouco a pouco, à vascularização de concepções e categorias inéditas – e muitas vezes questionáveis – no sistema”¹².

⁷ SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59-60.

⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

⁹ FELIPPI NETO, Mario Cesar. A corrupção e sua tipificação legal: breve enfoque no tratamento jurídico dispensado pelo código penal brasileiro. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 78, p. 91-112, fev./mar.. 2013, p. 92.

¹⁰ CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 327-356, mar./abr.. 2012, p. 331-332.

¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 265-266.

¹² *Ibidem*, p. 266.

Com isso, a globalização econômica e as novas formas de criminalidade figuram como traço marcante do fim do século XX e início do século XXI, possuindo como característica a ausência de violência corporal inerente aos crimes tradicionais¹³, impondo assim a criação de novas normas¹⁴ e tratados¹⁵ que tutelassem essas condutas. Portanto, com a efetivação de algumas atividades estatais, surgem normas penais em âmbito interno, comunitário e

¹³ Alberto Silva Franco afirma que essas novas formas de criminalidade se sobressaem por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, uma nova norma de criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaco entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Sob essa perspectiva, “tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal. A criminalidade econômica, a criminalidade das drogas, a criminalidade ecológica, a criminalidade organizada etc., enfim, os *crimes of the powerful* dependem, em face das várias fases de sua operacionalidade, de um número elevado de ações delituosas, que podem ser devidamente caracterizadas; no entanto, enquanto podem até ser devidamente caracterizadas; no entanto, enquanto expressão de criminalidade montada na base de um sistema reticulado, não se sabe, ao certo, o lugar de sua realização nem se mostra descomplicada a identificação de seus autores. A inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de órgãos com legitimação para o exercício do *ius persequendi* e a falta de concretização de tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: Roberto Podval (Org.). Temas de direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 256-257.

¹⁴ À título de exemplo, pode-se destacar a elaboração do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) pelos EUA, no ano de 1977, que foi a primeira lei anticorrupção transnacional, que tem origem após diversos escândalos que foram revelados escândalos como *Watergate* e envolvimento de empresas como a *Johnson & Johnson*, a *Exxon* e a *Goodyear* em atos de corrupção. O FCPA foi a primeira normativa que proibiu a corrupção transnacional e representa um importante marco no processo de globalização e do combate transnacional à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, além de incluir normas de contabilidade. A legislação teve flagrante influência nas posteriores medidas que foram adotadas a nível mundial a partir da década de 1990 e é referência até os dias de hoje, tendo sido um marco em razão de desencadear discussões sobre os programas de *compliance*. Ver mais em: ROCHA, Cláudia da. *Corrupção: compliance criminal, responsabilidade penal da pessoa jurídica e cooperação internacional*. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁵ Como bem delimitado por Carlos Japiassú, destacar destacam-se os seguintes documentos e tratados internacionais que abordaram matérias relativas à corrupção que surgiram nesse contexto: o Protocolo da Convenção para Proteção dos interesses financeiros das Comunidades Européias (1996); a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (1996); o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção aos quais estão implicados funcionários das Comunidades Européias ou dos Estados Membros da União Européia, aprovada pelo Conselho da União Européia (1997); a Resolução nº. 7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que autorizou a criação do Grupo de Estados contra a Corrupção, conhecido como Greco (1998); o Convênio de Direito Penal sobre a corrupção e o Convênio de Direito Civil sobre a corrupção, aprovados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, (1999); o Código de Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras, Fundo Monetário Internacional (1999); a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (2003); a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada nas Nações Unidas (2000); e, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003). Ressalta que dos documentos internacionais relativos à corrupção, talvez o que tenha adquirido mais destaque seja a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, concluída em Paris, em dezembro de 1997 e que entrou em vigor no ano de 2000. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 29-56, jan./fev.. 2007, p. 41-42.

internacional, objetivando a criação de um sistema protetor deste intervencionismo na economia, à vista da necessidade de se ter ações integradas e mecanismos de cooperação entre os diferentes Estados.

Paralelo a isso, aspecto muito importante a ser mencionado é a estruturação de grandes empresas que ocorreu durante o período, as quais eram detentoras de um forte poder econômico e que provocaram o Estado a formular um sistema jurídico eficaz de proteção aos interesses a essa sociedade contemporânea, “dando origem ao fenômeno da norma legal como instrumento de regulação e proteção da economia nacional e popular”¹⁶.

É nessa mesma perspectiva que Jesús María Silva Sánchez¹⁷ aponta que os fenômenos da globalização econômica e da integração supranacional ocasionam novas formas de delinquência, as quais atingem os interesses financeiros da comunidade e incluem atos corruptos praticados por funcionários públicos das instituições que compõem a integração. Segundo o autor, esse Direito Penal terá uma vertente unificadora, mas também menos garantista, de modo que serão flexibilizadas regras de imputação e relativização de garantias político-criminais, substantivas e processuais, com a criação de novos tipos penais, ampliação dos espaços de risco relevantes etc¹⁸.

Nessa seara, indaga-se sobre a influência do processo globalizador no sistema de controle penal, sendo plausível afirmar que a globalização também se apresenta como um elemento estimulador da corrupção, visto que “realça e aproxima as desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica, o que permite a coexistência de realidades que em muito destoam entre si”¹⁹, propiciando um campo ao oferecimento à consequente aceitação de vantagens indevidas, em especial quando os envolvidos ocupam polos opostos em relação aos mencionados indicadores²⁰. Há, portanto, com a globalização e a intensificação das relações internacionais, um problema de estala mundial relacionado à corrupção, com a necessidade de formulação de análise multidisciplinar para compreensão do fenômeno.

Nessa acepção, Rodrigo Sánchez Rios²¹ ensina que, hodiernamente, na perspectiva jurídico-penal, o fenômeno da corrupção não se limita em apontar a Administração Pública na sua objetividade jurídica ou enfatizar sua dimensão individual refletida no marco dos delitos

¹⁶ CALDEIRA, op. cit., p. 332.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-98.

¹⁸ Idem.

¹⁹ GARCIA, op. cit., 2003, p. 121.

²⁰ Idem.

²¹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A guisa de prefácio: a corrupção, sua repercussão e o seu enfoque multidisciplinar. In: LAUFER, Daniel. *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 7.

cometidos por funcionários públicos, na medida em que novas leituras confirmam que essa conduta criminosa adquire uma projeção transnacional, demonstrando íntimas conexões com a lavagem de dinheiro e a delinquência econômica. Para o autor, essa mutação é positiva, uma vez que traz uma maior compreensão das práticas e comportamentos reprováveis recepcionados no movimento internacional anticorrupção²².

Outrossim, os esforços de diversos Estados no sentido de estabelecer instrumentos de controle social formal harmônicos em relação à corrupção tiveram como fim evitar, no cenário atual de globalização, a prática de *jurisdiction shopping* e a conformação dos denominados *paraísos jurídico-penais*²³.

E mesmo com os esforços de harmonização do Direito Penal em matéria de corrupção, nos diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, a própria noção da expressão pode ser entendida, interpretada e também punida de formas completamente distintas, já que é clara a preocupação internacional com o tema. A esse respeito, Carlos Japiassú menciona que, em países como a França e Hungria, a corrupção pode ser compreendida como o intercâmbio de uma ação ou omissão por uma vantagem indevida, em nome de uma entidade pública ou privada e, nos Estados Unidos, a noção do vocábulo engloba todas as formas de abuso de poder²⁴.

Como dito, considerando a ocupação da corrupção no cenário político e econômico internacional, diversos organismos e Estados mobilizaram-se com o intuito de negociar e formalizar convenções e tratados, elaborar recomendações, criar mecanismos de controle e acompanhamento de mudanças legislativas e, em decorrência disso, estabeleceram um amplo conjunto de normas, procedimentos e instituições para atuar no enfrentamento da corrupção, tanto na dinâmica internacional quanto na reconfiguração da legislação e do desenho institucional de nosso sistema de justiça²⁵.

Atualmente, estão em vigor no Brasil, os seguintes tratados internacionais que visam o combate à corrupção: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) e promulgada pelo Decreto nº 3.678/00, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 4.410/02, a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo

²² SÁNCHEZ RIOS, op. cit., 2013, p. 7.

²³ BECHARA; FUZIGER, op. cit., p. 310.

²⁴ JAPIASSÚ, op. cit., p. 36.

²⁵ MACHADO, Máira Rocha. Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 9-10, set.. 2014, p. 9.

Decreto nº 5.015/04, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/06.

Diante das exigências dos acordos ratificados, Beatriz Camargo Corrêa²⁶ enfatiza que a postura adotada pelo Brasil não foi muito feliz ao tentar se adaptar, indicando que após aderir a Convenção Interamericana contra a Corrupção um importante texto de lei foi revogado.

Tal afirmação se dá porque o Congresso Nacional aprovou a reforma do texto da Convenção por meio do Decreto 4.534/02²⁷, incluindo tão somente uma ressalva ao art. XI, § 1º, c, objetivando se esquivar do compromisso de analisar a adoção de medidas para incluir como crime no ordenamento jurídico “toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado”.

Nesta linha, vislumbra que a referida norma enquadra de maneira muito mais abrangente do que a legislação brasileira, sem a necessidade de se configurar a contraprestação do particular, no entanto, não comportou acolhimento por parte dos parlamentares.

Ao articular análise sobre a sucessão de leis criadas após adesão aos tratados²⁸, a autora destaca que a atuação mais significativa do Brasil na implementação dos acordos internacionais no campo legislativo foi a reforma do CP por meio da Lei nº 10.467/02, que introduziu no Título XI do CP o Capítulo II-A, intitulado “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira”, criando dois tipos penais (arts. 337-B e 337-C) e definindo o conceito de funcionário público estrangeiro (art. 337-D), até então inexistente. Após, a Lei nº 10.763/03 modifica novamente o diploma penal, aumentando a pena cominada aos delitos de corrupção ativa e passiva, para o mínimo de dois e o máximo de doze anos de reclusão, sob a justificativa de que a pena anterior (que variava de um a oito anos) possibilitava a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95).

Por fim, a autora defende que tanto o combate à corrupção nacional quanto à transnacional tem o mesmo objetivo comum: a proteção do Estado de Direito e das relações

²⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 95-129., mar./abr. 2011, p. 105.

²⁷ Art. 1º O art. 1º do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1º A Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c"." (NR)

²⁸ Ibidem, p. 105-106.

estáveis entre países, com vistas ao desenvolvimento comum e solidário²⁹. Nesse aspecto, a tentativa dos países de elaborarem normativas de combate à corrupção ficou evidente, particularmente quando se formula análise da corrupção em um sentido sistêmico, que não poucas vezes apresenta características de aparente legalidade, assumindo um conteúdo econômico, político e social, merecendo atenção a causa de suas ofensividades sobre as estruturas sociais e, como consequência, sobre o próprio regime político do Estado³⁰.

Além disso, é certo que a realidade da corrupção reflete em cada país personagens que revelam sua própria identidade e que as vezes estão ligados a uma cultura de tolerância, de usos sociais equivocados, de práticas políticas arraigadas e censuráveis e também ao conteúdo da própria história, sem contar o impacto da situação econômica, uma vez que as manifestações da corrupção são diferentes em uma economia em crise e em uma economia em expansão³¹.

Como consequência das obrigações assumidas pelos tratados internacionais, tem-se a resposta por parte do legislador e, ainda que não se conteste a possibilidade de utilização do Direito Penal, em muitos casos a política criminal utilizada não tem sido afortunada e nem reflete uma boa técnica na elaboração de tipos penais, refletindo esta fragilidade na realidade dos processos de casos de corrupção³².

O impulso legislativo recente teve origem em reivindicações das forças que podem ser consideradas protagonistas dos processos de globalização e no próprio mundo empresarial, de forma que passou-se a considerar que a corrupção, além de ter efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social, impede o estabelecimento da livre-

²⁹ CAMARGO, op. cit., p. 124.

³⁰ Trecho original: “[...] De hecho, hoy, ya no se considera mas a la relación personal corrupta entre un particular y un funcionario público como el objeto central de la preocupación jurídica, sino que se analiza la corrupción en un sentido sistémico, que no pocas veces presenta rasgos de aparente legalidad y, que por ello, acaba presentándose diseminada en las sociedades. La valoración de esta corrupción abandona el ámbito moral para asumir un contenido económico, político o social, merece en la actualidad especial atención, a causa de su ofensividad sobre las estructuras sociales y, en consecuencia, sobre el propio régimen político del Estado.[...]”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 9.

³¹ Trecho original: “[...] La realidad de la corrupción refleja en cada país caracteres que revelan su propia identidad y que a veces se vinculan a una cultura de tolerancia, de usos sociales equivocados, de prácticas arraigadas, pero rechazables, en la política, y, como apuntábamos, al contenido de la propia historia. También tiene incidencia la distinta situación económica, pues son distintas las manifestaciones de la corrupción en una economía en crisis que en una economía en expansión. [...]” Ibidem, p. 11.

³² Trecho original: “[...] Las recientes reformas en ambos países se asientan en las obligaciones derivadas de los Tratados internacionales, pero, como se pone de relieve en los estudios contenidos en este volumen, la respuesta del legislador, aunque nadie discuta la posible utilización del Derecho penal, no ha sido en muchos casos afortunada política criminalmente ni refleja una buena técnica en la redacción de los tipos penales. Muchas son aún las interrogantes abiertas y la realidad de los procesos en los que se enjuician causas de corrupción, que evidencian a veces la fragilidad de la respuesta penal y pueden llegar a constituir un auténtico boomerang respecto a los intereses que se pretenden defender. [...]” Idem.

concorrência e gera violações aos próprios direitos humanos³³, estando certo que a corrupção afeta tanto países pobres como ricos, governos autoritários e democracias consolidadas, altos cargos de organizações internacionais, dirigentes de empresas multinacionais etc.

A despeito do fenômeno, em que pese o argumento de que a corrupção e o desenvolvimento econômico sejam pontos completamente divergentes, Alessandro Octaviani³⁴ discorda deste senso comum, afirmando que a corrupção pode conviver com crescimento econômico espantoso, ou mesmo pode ser uma de suas causas, e, em outro ponto, combater a corrupção pode não ter nenhum impacto positivo relevante ou, pelo contrário, quando executada tal política de modo desastroso e pouco informado, pode-se gerar impacto econômico negativo.

Segundo o autor, as relações entre corrupção e economia são muito mais complexas do que o padrão unilateral mobilizado que foi criado pelos principais operadores da espetacular política anticorrupção nos últimos anos. Em sua ponderada e muito bem articulada análise, suscita que a corrupção não deve ser combatida porque impede o crescimento econômico, mas sim porque se transforma em vetor de um tipo específico de tecido econômico, notadamente concentrador de poder e redutor de alternativas e pluralidades³⁵.

Com isso, pode-se dizer que a prática da corrupção impulsiona o poder econômico a conseguir maior poder econômico, por meio da obtenção de maior poder político, tendendo a aumentar o poder dos políticos corruptos, que passam a ficar mais poderosos na política porque possuem maior poder econômico, como um movimento circular infinito, que propulsiona monopólios e oligopólios na economia e na política³⁶. Em estreita síntese, deve-se criar uma política de combate à corrupção que atue conjuntamente à política de desenvolvimento econômico.

Defende-se, sobretudo, que a eficácia do controle da corrupção deve se fundar necessariamente em uma “política criminal caracterizada pela prevalência de instrumentos preventivos, vinculados a outros instrumentos de controle social, na qual o Direito Penal encontre a legitimidade que proporciona seu caráter subsidiário e fragmentário”³⁷. Contudo, carece de análise as influências e consequências ocasionadas pela falta de compatibilidade entre as esferas do sistema jurídico brasileiro diante da função do Direito Penal, que é o cerne da questão.

³³ JAPIASSÚ, op. cit., p. 30.

³⁴ OCTAVIANI, Alessandro. *Combate à corrupção, concorrência e desenvolvimento: como erramos tanto?* Disponível em: <https://bit.ly/3PIHyjS>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2017, p. 359-383, setembro/2014, p. 361.

De qualquer modo, sabe-se que o combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas o resultado de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, permitindo assim uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzindo a conivência e, pouco a pouco, depurará ideias daqueles que pretendem acender ao poder, atenuando a corrupção³⁸. Mais que uma questão legal, o combate à corrupção precisa de implementação de políticas públicas, discussão eficiente acerca do problema e suas possíveis consequências e conscientização social.

É correto afirmar que a partir da expansão do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador³⁹ no âmbito da sociedade de risco, surgem as novas formas de criminalidade econômica e novos interesses de proteção penal, delimitando assim as principais questões e controvérsias oriundas do modelo disfuncional que se apresenta hoje. Feitas tais ponderações, busca-se construir um desenvolvimento lógico de formação dessa estrutura, restando inevitável traçar um panorama social e legislativo que nos conduziu até o atual formato normativo a que estamos submetidos.

1.2 Aspectos relevantes acerca da corrupção no Brasil

Embora a corrupção esteja ordinariamente presente no Brasil, sempre houve uma clara tolerância e leniência social no tocante à sua prática, que até pouco tempo atrás assentia de forma passiva diante de tais condutas, sem sequer tomar conta da proporção ocasionada e seus efeitos. Inclusive, como já dito, a população brasileira se tornou mundialmente conhecida pela

³⁸ GARCIA, op. cit., p. 106.

³⁹ De antemão, direito administrativo sancionador – que será minuciosamente abordado em tópico próprio – pode ser definido como aquele que permite a imposição de sanções pela própria administração pública, por meio de sanções administrativas, sendo, portanto, impossível se afastar de princípios e garantias expostas não só no Direito Administrativo, como na própria Constituição Federal, até porque no sistema vigente se exige o controle e devida orientação no exercício do *ius puniendi* estatal. DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 122. Nesse aspecto, conforme Helena Regina Lobo da Costa: “a vertente sancionadora do direito administrativo vem se desenvolvendo de modo bastante veloz. A administração brasileira aplica sanções nos mais diversos âmbitos materiais – trânsito, meio ambiente, sistema financeiro, questões tributárias, concorrência consumidor, medicamentos, dentre inúmeros outros. Em termos federativos, os três entes têm, de acordo com suas competências, a possibilidade de exercer atividades sancionadoras. Tem-se assistido a um claro alargamento dos âmbitos sancionadores no campo administrativo”. COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109.

característica de ser condescendente com a realização de pequenos atos corruptos no cotidiano, vindo a ser personalizada pelo que se chama de “cultura do jeitinho brasileiro”.

O fenômeno da corrupção tem sido estudado não apenas no direito, mas também no âmbito da sociologia, da economia, da psicologia, da criminologia, e da ética, o que certamente dificulta a elaboração de um conceito unitário e fechado⁴⁰. Dessa maneira, a própria conceituação da corrupção depende do marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta⁴¹, ou seja, deve ser vinculado com o sistema normativo de um determinado ordenamento jurídico⁴².

Isso porque, no âmbito de um sistema “é a lei que determinará o que é considerado corrupção em uma sociedade específica, conforme a sua cultura, costumes e valores impregnados em um dado momento histórico, classificando certas condutas como ilícitos de natureza penal, civil ou administrativa”⁴³.

Tradicionalmente, no Brasil, sempre se conviveu com a ideia de corrupção, ao passo que a formação do Estado brasileiro, possivelmente tenha implementado em demasia esse estado de coisas, visto que endêmica⁴⁴. O problema pode ser visto de diferentes pontos de vista que se entrecruzam formando desenhos peculiares e, especificamente no Brasil, a discussão se organiza principalmente em torno de alguns grandes temas, a saber, a moral, a herança e o governo⁴⁵.

Pode-se afirmar que a sociedade brasileira foi inicialmente moldada à imagem e semelhança dos ideais portugueses, que tinham como característica uma sociedade patrimonial e, nas palavras de Raimundo Faoro, “o sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano”⁴⁶, na medida em que por muito tempo,

⁴⁰ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 11.

⁴¹ Ibidem, p. 18.

⁴² Por outro lado, se se considerar uma perspectiva economicista, por exemplo, a corrupção pode representar um custo ou um benefício para o desenvolvimento de uma empresa ou de um país. De outro lado, do ponto de vista da ética, comportamentos sociais inadequados, como furar fila ou colar em uma prova escolar, também podem significar corrupção em determinados contextos. Isso demonstra a necessidade de se ater a um conceito normativo de corrupção, como bem explicitado por Felipe Hayashi e é exatamente o que se pretende fazer neste trabalho. Ibidem, p. 18.

⁴³ Ibidem, p. 18.

⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: uma reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 73.

⁴⁵ SCHILLING, op. cit., p. 36.

⁴⁶ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., revista, Editora Globo: São Paulo, 2001. E-book.

os danos inerentes à corrupção foram desvalorizados por força da atribuição daquela criminalidade essencialmente à realidade dos países subdesenvolvidos⁴⁷.

No contexto histórico, a ideia de corrupção sempre esteve associada a dois aspectos principais: i) a participação do Estado e atuação criminosa dos agentes públicos; e ii) sua associação com o Direito Penal, no sentido de que somente as condutas descritas por meio de tipos penais normalmente associados aos crimes contra a Administração Pública poderiam ser reputadas corruptas⁴⁸. Conforme o tempo passa, são discutidas inúmeras possibilidades de como se revestem os atos corruptos, trazendo grande dificuldade de delimitar o seu âmbito de atuação, se somente público ou também privado, se ultrapassa a dimensão jurídica e alcança os âmbitos da sociologia, da política, das relações transnacionais, entre outras vertentes⁴⁹.

Na realidade, é certo afirmar que a corrupção sempre foi um problema da gestão pública nacional dado nosso histórico de mau uso de recursos do erário, do poder de autoridade, do patrimonialismo e de outros desvios praticados no seio do Estado⁵⁰.

Sérgio Buarque de Holanda, um dos maiores historiadores brasileiros, disserta acerca da formação cultural do povo brasileiro em sua clássica obra *Raízes do Brasil*⁵¹, traçando o perfil do “homem cordial” ao buscar a definição de qual seria a principal característica do brasileiro. A esse respeito, Lucas Rocha Furtado resume que essa cordialidade brasileira:

(...) se manifestaria pela tendência a estabelecer todas as suas relações com base na afetividade e, principalmente, na dificuldade de objetivizar ou racionalizar suas relações, criando a figura do ‘jeitinho brasileiro’ como meio de transgredir as regras, para não ferir susceptibilidades, violações ou transgressões que não apenas não seriam repudiadas pela sociedade, como, ao contrário, constituiriam motivo de orgulho. O homem cordial, segundo o ilustre autor, é aquele que age com o coração, com paixão e sentimento⁵².

Flávia Schilling destaca que a corrupção é algumas vezes situada nas origens do Brasil e relacionada com a sua herança cultural, podendo ser vista como peso a carregar com resignação ou indignação ou também como própria de determinados modos de governar⁵³.

Ana Elisa Bechara e Rafael Fuziger destacam que o próprio sistema jurídico-penal brasileiro tem incentivado a cultura individualista, que ainda é fortemente voltado à proteção

⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 963-991, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 965.

⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 33.

⁴⁹ Ibidem, p. 34.

⁵⁰ TAMASAUSKAS, Igor San’Anna. *Corrupção política: análise, problematização e proposta para o seu enfrentamento*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 17.

⁵¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1982.

⁵² FURTADO, op. cit., p. 23-24.

⁵³ SCHILLING, op. cit., p. 35.

patrimonial, o que é evidenciado a partir da análise da proporcionalidade estabelecida em relação às sanções em geral impostas, “bem como dos destinatários materiais das normas incriminadoras, fundamentalmente os condenados por delitos patrimoniais ou a esses correlatos, que representam quase a totalidade da população carcerária atual”⁵⁴.

Merece destaque o estudo de Schilling, que adverte que a alteração da percepção social brasileira – e também no ambiente internacional⁵⁵ – em relação à corrupção começa a ocorrer no início da década de 1980, com a divulgação de inúmeros casos envolvendo uma diversidade de práticas ilícitas por parte de agentes públicos, “acontecendo em vários lugares e envolvendo diferentes setores: partidos políticos, Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário, ministérios, estatais, sistema financeiro e empresários”⁵⁶. Isto posto, vê-se que a sociedade deixa de lado a mera atitude conformista em relação às práticas ilícitas antes tidas como inevitáveis na esfera da Administração para buscar uma análise crítica sobre o sentido da cidadania no âmbito democrático.

Nessa vertente, mais do que considerar indefinível o termo corrupção, ele se presta para conter um número sempre diverso e mutante de práticas que, porém, tratam de relações entre quem detém poder decisório e quem detém o poder econômico⁵⁷.

Com a corrupção no centro da agenda social e política do Brasil, recursos massivos foram depositados na criação e no fortalecimento de instituições no Judiciário, no Legislativo e no Executivo para lidar com o tema, ao mesmo tempo em que “fortes demandas da sociedade civil e da mídia ampliaram exponencialmente os mecanismos de controle público sobre a

⁵⁴ BECHARA; FUZIGER, op. cit., p. 305.

⁵⁵ “Somente a partir dos anos 80, tais concepções se mostraram ultrapassadas. A ideia da corrupção como uma espécie de motor de arranque nos bloqueados sistemas administrativos passa a ser considerada obsoleta, notadamente após fatos históricos marcantes, tais como a queda do muro de Berlim, da ruptura do regime comunista chinês, dentre outras várias transformações democráticas ao redor do mundo”. COSTA, Silvia Chaves Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 95.

⁵⁶ “Nepotismo; venda de vacinas gratuitas; aliciamento político; venda de atestados médicos falsos; desvio de alimentos; desvio de materiais; fraude; empreguismo; recebimento de propina; sonegação; contrabando; superfaturamento em obras; malversação de recursos; extorsão; peculato; desfalque; venda superfaturada de material didático; aquisição de blocos de cimento de firma inexistente para a construção de casas populares; uso de bens públicos em festa partidária; mal uso da frota de carros oficiais; criação de secretarias fantasmas para aumentar número de filiados ao PDS; favorecimento a empresiteiras; fraudes na previdência social/ compra superfaturada de imóveis; contas bancárias irregulares – os “fantasmas”; combustível “evaporado”; manipulação de verbas do orçamento beneficiando ministros de Estado. [...]”. Como denunciante dos fatos, a autora relata que parte de vários setores, principalmente parlamentares, deputados, vereadores da oposição e funcionários de órgãos envolvidos nas denúncias, o que reflete um momento de fortalecimento de lutas político partidárias. Como denunciados, foi constatado que as denúncias atingiram desde as “pequenas imoralidades” até a “alta imoralidade”, que passou de notícia para “caso” e para “escândalo” foram as que giraram em torno de centros de decisão e poder. SCHILLING, op. cit., p. 37-38.

⁵⁷ Ibidem, p. 44.

atuação dos órgãos estatais que, ademais, são instados também a prestar contas periódicas para organismos internacionais”⁵⁸.

Merece relevo a atuação dos meios de comunicação em massa, que se baseiam na exploração da insegurança, que gera e manipula o medo que assola os cidadãos, tornando-se mais forte com a “implementação de estratégias de manipulação social que passam à população a impressão de que os meios de controle social são falhos, mormente aqueles mais brandos, como o controle civil ou o controle administrativo dos atos considerados ilícitos”⁵⁹ e, mesmo quando já se tem a atuação do setor penal, a manipulação do sentimento social se faz com recurso a argumentos como o de que as penas existentes são brandas e ineficazes⁶⁰.

A tendência de endurecimento da persecução penal também é analisada por Luciano Anderson de Souza, que evidencia a ocorrência não só do agravamento das penas, mas também da “tentativa de flexibilização das garantias individuais que representam, em última instância, formas de proteção de direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos, amparados e protegidos”⁶¹.

O conceito de corrupção ultrapassa os limites legislativos e traz, nas últimas décadas, uma nova orientação de política criminal, notadamente após o início dos anos 2000, a partir da constatação de um quadro de corrupção sistêmica⁶², levado a conhecimento do público por meio da Ação Penal 470/DF⁶³, popularmente conhecida como “Mensalão”⁶⁴. Denominada como

⁵⁸ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 257-295, jul./dez. 2019, p. 259.

⁵⁹ SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem, p. 54.

⁶² Que significa um processo de corrupção generalizada, extensiva, recorrente. Assim como definido por Gault, Galicia e Lepore: “la corrupción es sistémica cuando en casi cualquier organización pública se puede acceder a la red de corrupción o incluso hay la expectativa normalizada de adquirir un beneficio informal por parte de los usuarios y miembros de las organizaciones públicas”. GAULT, David Arellano; GALICIA, Jesús Fidel Hernández; LEPORE, Walter. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 61, p. 75-106, 2015, p. 78.

⁶³ “O julgamento da Ação Penal nº 470 é, portanto, preponderantemente, uma deliberação judicial de um escândalo de corrupção e apropriação de recursos públicos. A essência da reprovação das condutas encontra-se na ofensa ao regular funcionamento e ao patrimônio da Administração. Os demais aspectos, embora certamente não irrelevantes, gravitam em torno desta ideia fundamental, que torna o caso concreto paradigmático na história forense brasileira. O inusitado na percepção popular, revelado pelos meios de comunicação, encontra-se no fato do processo criminal em foco envolver os chamados “poderosos”, no sentido geral de implicar criminalmente detentores de poder político ou econômico, em contraponto aos envolvidos na criminalidade dita “de massas” que estatisticamente dominam os tribunais e presídios do país”. SOUZA, Luciano Anderson. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. *Letrado*, São Paulo, n. 101, p. 26-27, jul./dez.. 2012, p. 27.

⁶⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim do IBCCRIM*, ano 25, n. 290, p. 5-7, janeiro/2017, p. 5.

“julgamento do século”⁶⁵, em trâmite perante a Suprema Corte, atraiu atenção em razão em razão da importância política dos agentes públicos e particulares envolvidos, além da gravidade dos delitos imputados (corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa etc.), transmitida pela mídia em tempo real, de modo inédito na história nacional⁶⁶.

Após um curto período de tempo em que a sociedade brasileira teve o sentimento de que o Estado seria capaz de enfrentar e controlar a corrupção, deparou-se novamente com um escândalo de corrupção institucional vertiginoso, desta vez praticada na esfera de uma de suas principais empresas estatais e envolvendo – em tese – inúmeras empresas privadas e agentes públicos, dos mais diversos partidos políticos⁶⁷. Batizada pela Polícia Federal de Operação Lava-Jato, a investigação inicial decorreu de contratos superfaturados ocorridos no âmbito da Petrobrás e modificou profundamente a visão do corpo social brasileiro a respeito do tema, implementando novos mecanismos e agências de controle no combate à corrupção⁶⁸.

Para além dos equívocos processuais penais praticados na esfera da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR relativas à conexão e competência⁶⁹, houve um nítido recrudescimento da intervenção punitiva estatal, por meio de um processo que quis se mostrar como um símbolo de combate à corrupção, ainda que o preço a se pagar tenha sido o sacrifício de direitos individuais, da separação de Poderes e da própria democracia, vistos como meros obstáculos à eficácia penal⁷⁰.

Dentre as mitigações de direitos e garantias na era pós Mensalão e Lava-Jato, sem se contar as inúmeras propostas de criação de normas penais⁷¹, aponta-se um quadro de reiteradas

⁶⁵ BECHARA, op. cit., 2017, p. 5.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ “Diversas agências que atuam na rede de *accountability* foram criadas e outras foram aprimoradas, como a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, além da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Pode-se ainda observar um processo de mudanças institucionais que se refletem diretamente na punição criminal da corrupção na esfera federal, que apresentava um diagnóstico de ineficiência, ao menos até os impressionantes resultados atingidos pela Operação Lava Jato, que levou grandes empresários e políticos de alto escalão à prisão.” RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020, p. 259.

⁶⁹ Sobre o tema, ver em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 171-204, ago.. 2016.

⁷⁰ BECHARA, op. cit., 2017, p. 5.

⁷¹ À título de exemplo, tem-se um contexto de tentativa de recrudescimento de punição pela via criminal, como a tentativa de criminalização do caixa dois, a proposta do Pacote Anticrime por parte do ex-juiz e ex-Ministro da Justiça Sergio Fernando Moro, que, após tramitar em conjunto com outros projetos, veio a ser promulgada em termos distintos do que foi inicialmente apresentado, resultando na Lei nº 13.964/19. Também se deve mencionar as famigeradas “10 medidas contra a corrupção”, elaboradas em 2015 pelo Ministério Público Federal (MPF), com o objetivo de apresentar um projeto de lei de iniciativa popular ao Congresso Nacional, objetivando um suposto aperfeiçoamento do sistema jurídico, de modo a reprimir atos de corrupção no país, sob o argumento de “impunidade”, estando em trâmite perante a Câmara dos Deputados desde então (PL

prisões provisórias como forma de obter colaboração premiada⁷² de agentes públicos e privados, comumente determinadas pelo juiz de ofício, em procedimentos de claro viés inquisitório, além de interceptações telefônicas, registro clandestino de imagens, ordens judiciais genéricas de busca e apreensão – as quais são recursos de investigação altamente mediatizáveis e causam grande impacto no público –, além da inquisitorialidade do trabalho policial⁷³. Conclui Marcus Alan Gomes que o caminho mais breve para alcançar a meta de expectativas coletivas da punição é “relativizar as garantias processuais – minimizá-las ao invés de maximizá-las – de modo a facilitar a construção de uma verdade previamente concebida e difundida pela mídia: a verdade da culpa”⁷⁴ em detrimento da verdade da inocência, jamais aceitável.

De acordo com Flávia Schilling, por meio do movimento denunciatório, vai se conformando um sentimento de existência de uma corrupção ampla e generalizada, que, se por um lado é capaz de reforçar a sensação de que nada pode ser feito a esse respeito, aumenta-se, portanto, o descrédito de um comportamento resignado em relação a essas práticas. Por outro lado, provoca a ocorrência de uma reação que detecta responsabilidades e demanda por punições, colocando em discussão formas até então vistas como inevitáveis de fazer política e de governar⁷⁵.

Considerando tais circunstâncias e o fato de que atos de corrupção são cada vez mais retratados e expostos, a sociedade, de uma maneira geral, compreende subsistir certa fragilidade na atuação das instituições, passando a ter uma descrença nos padrões de desempenho e estrutura do sistema de justiça, com a consequente exigência de uma postura mais firme do Estado por meio da criação de novas leis penais, mesmo que meramente simbólicas e pouco frutíferas na prática, verificando o Direito Penal como única alternativa disponível a resolver os problemas.

4850/2016 e PL 3855/19). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁷² Sobre o tema, ver em: BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 359-390, set-out/2016. Além disso, Fabiana Alves Rodrigues reitera que “a colaboração premiada possivelmente se destaca entre essas mudanças, pois a agilização de um grupo de ações criminais, somada a prisões preventivas de alvos estratégicos, levou a uma reação em cadeia que não só intensificou o uso da colaboração, como também produziu uma mensagem pública das vantagens do acordo, que facilita as atividades dos órgãos de investigação e reduz sensivelmente os ônus dos investigados que recorrem à colaboração. RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020, p. 266.

⁷³ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 140-141.

⁷⁴ *Ibidem*, 141.

⁷⁵ SCHILLING, op. cit., p. 16.

Com a espetacularização de atos de corrupção por parte da mídia e o clamor popular, o Estado adotou políticas indiscriminadas em nome do “combate à corrupção”, que se tornou uma espécie de luta incessante e monotemática, com a adoção de técnicas terminantemente repressivas e inconstantes. Assim, particularmente após o advento dessas duas grandes operações e da midiatização exacerbada de atos corruptos ocorridos no âmbito da Administração Pública e sua deficiente forma de controle, novos padrões interpretativos e de aplicação do Direito Penal foram elegidos e aplicados, relativizando princípios e ignorando garantias fundamentais compreendidas pela Constituição Federal⁷⁶, sem contar o fato de que a dogmática penal vem sendo mitigada sob o argumento de se promover o combate à corrupção a qualquer custo.

Considerando, então, o já abordado estabelecimento de formas inéditas de interação social advindas do contexto da globalização, parece potencializar ainda mais a propagação de práticas relacionadas à corrupção, conduzindo à necessidade de repensar estratégias de controle e também o próprio fenômeno para além da clássica relação bilateral entre um indivíduo que paga um determinado valor a um funcionário público em troca de uma vantagem indevida⁷⁷.

Isso porque, se abandonada a postura moral conformista que vê na corrupção um mal inerente à natureza humana e que deve ser combatida fundamentalmente pelo Direito Penal, argumenta-se que seria possível atingir resultados positivos dentro de uma perspectiva realista e socialmente dirigida à maior prevenção possível, no âmbito de um ordenamento jurídico democrático e garantista⁷⁸.

De qualquer sorte, conforme aponta Felipe Machado Caldeira⁷⁹, é sempre importante lembrar que o Direito, por razões de cientificidade e didática, é dividido em diversas áreas, no entanto, isso não lhe retira a unidade. Nessa medida, a Constituição sempre servirá como ponto de partida e impõe que toda ordem jurídica a utilize como conformação e limitação de sua interpretação, sob pena de invalidade em seu grau mais acentuado: a inconstitucionalidade.

À vista destas considerações, ao buscarmos dados científicos para compreender a dimensão e alcance da corrupção no país, nos deparamos com a Transparência Internacional,

⁷⁶ Nesse mesmo sentido, o professor Gustavo de Souza Preussler dedica estudo ao tema, sustentando que a Operação Lava-Jato contribuiu para a flexibilização das garantias processuais, “em especial a imparcialidade do juiz como verdadeiro Processo Penal do Inimigo”, além de formular uma análise precisa acerca da influência da opinião pública nos julgamentos e na condução dos membros da Força-Tarefa e do então Juiz Federal Sergio Moro. PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107., ago. 2017.

⁷⁷ BECHARA; FUZIGER, op. cit., p. 303-304.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ CALDEIRA, op. cit., p. 328.

que é uma organização sem fins lucrativos anticorrupção sediada em Berlim, atuante em nível internacional e presente em mais de cem países, e lidera a luta contra a corrupção no mundo, buscando compreender a corrupção por uma perspectiva comparada, avaliar a real gravidade e identificar soluções que podem ser transferidas entre países com contextos distintos⁸⁰. Anualmente, o órgão realiza o Índice de Percepção da Corrupção (ICP), que é o principal indicador de corrupção do mundo, e desde o ano de 1995 avalia e classifica 180 países e territórios e os atribui notas em uma escala de 0 a 100.

Na pesquisa realizada no ano de 2021, o IPC destacou a relação entre corrupção e abuso de direitos humanos. O Brasil atingiu a média de 43 pontos⁸¹, estando mais uma vez abaixo da média global, figurando na posição 96 de 180 países, o que demonstra seu desempenho ruim, representando o terceiro pior resultado da série histórica. Os dados mostram que “o país está estagnado, sem ter feito avanços significativos para enfrentar o problema no período” e que “o desmonte institucional e a inação do governo no combate à corrupção podem levar a notas ainda piores nos próximos anos”⁸².

Em relatório apresentado pelo órgão⁸³, como consequência de um governo que tenta capturar o Estado, é realçado que o país seguiu o caminho oposto do combate à corrupção, na medida em que não priorizou a transparência e nem reforçou mecanismos de integridade para garantir alocação eficiente e justa dos recursos públicos frente à tragédia humanitária vivida durante a pandemia.

É ressaltado que o país vem promovendo um desmanche dos marcos legais e institucionais anticorrupção que levou décadas para construir, além da dissolução de marcos protetivos de direitos e do meio ambiente, sonegação de informações sobre o avanço da pandemia, desvios de dinheiro público envolvendo a família do Presidente da República e o esquema do “orçamento secreto”, captura política da Polícia Federal e grave ingerência sobre órgãos de controle e de inteligência estatais (Receita Federal, COAF, Abin, DRCI/MJSP, CGU etc), ataques contra instituições eleitorais e judiciais, além de inúmeros outros fatos, destacando-se o papel desempenhado pela mídia ao desvelar diversos esquemas governamentais.

⁸⁰ BRASIL. Transparência Internacional. Sobre a Transparência Internacional. Disponível em: <https://bit.ly/2GLCm8r>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁸¹ BRASIL. Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QtepDa>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁸² Idem.

⁸³ BRASIL. Transparência Internacional. Retrospectiva Brasil 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MWagoj>. Acesso em: 16 jun. 2022.

Isso mostra que, apesar da percepção social sobre os possíveis malefícios da corrupção tenha aumentado vertiginosamente, em especial após os escândalos já relatados e amplamente divulgados, ainda há um longo caminho a ser percorrido, especialmente após a mitigação de direitos e os retrocessos vivenciados com a pandemia da Covid-19.

Diante de todas essas ponderações, questiona-se quais são as opções escolhidas pelo Brasil para combater a corrupção, bem como se são legítimas do ponto de vista da eficácia e, para tanto, deve-se analisar todos os métodos de repressão e punição do Estado com relação ao que o ordenamento jurídico considera corrupção em seu sentido estrito e legal.

1.3 A sobreposição normativa que visa proibir atos de corrupção e sua eficácia frente ao combate de criminalidade

É certo que o poder punitivo estatal encontra-se em expansão, avançando em frentes diversificadas, de modo que, ao lado da ampliação de incriminações, redução de garantias e aumento de penas, observa-se a multiplicação das vias punitivas, quais sejam, administrativa, eleitoral, cível, política, entre outras, sem relação de interdependência entre elas⁸⁴, destacando-se a crescente criação de dispositivos que visam combater atos de corrupção, o que já foi denunciado por Maíra Machado⁸⁵ em algumas oportunidades.

É nesse mesmo sentido que pontua Rodrigo Sánchez Rios⁸⁶, porque as multifacetadas variantes da corrupção necessitam da devida resposta preventiva nos preceitos da normativa constitucional, administrativa, eleitoral, civil, tributária e ambiental, podendo se asseverar que sua problemática denota um integral interesse do sistema legal, de forma que as regras legais constituem um dos parâmetros mais estáveis sobre os padrões de comportamentos aptos a determinar se uma conduta é corrupta ou não.

A gradativa elaboração de normas penais e não penais cujo objetivo é punir atos considerados corruptos perpassa por um problema conceitual em razão de seu caráter

⁸⁴ ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 435-477, mar.. 2017, p. 436.

⁸⁵ Cf. MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 112, v. 23, p. 189-211, jan./fev. 2015; MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 257-295, jul./dez. 2019; MACHADO, Maíra Rocha. Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 9-10, set.. 2014.

⁸⁶ SÁNCHEZ RIOS, op. cit., p. 8.

polissêmico e caleidoscópico⁸⁷, o qual é constantemente ignorado, recaindo na multiplicidade de sanções e instâncias punitivas a serem atribuídas a um mesmo indivíduo em decorrência de um fato ilícito. Com isso, comporta dizer que o presente trabalho concentra sua análise na expressão e representação com que a lei considera ou não ato de corrupção.

Desse modo, partindo da premissa que corrupção é “um conjunto variável de práticas que implica em trocas entre quem detém poder decisório na política e na administração e quem detém poder econômico, visando a obtenção de vantagens – ilícitas, ilegais ou ilegítimas – para os indivíduos ou grupos envolvidos”⁸⁸, faz-se necessária a observância aos preceitos legais previstos no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a problemática identificada neste trabalho diz respeito justamente à sobreposição de normas que objetivam a repressão à atos de corrupção.

Inicialmente, ao se levar em conta a infinidade de definições advindas do termo corrupção, há de se destacar aquela trazida pelo dicionário, vista sob uma ótica literal: “ação ou efeito de corromper, de adulterar o conteúdo original de algo”⁸⁹. A partir desta acepção, vê-se que diversos dispositivos encontrados no CP estão em concordância com o termo, destacando-se a “corrupção ou poluição de água potável” (art. 271, CP⁹⁰), a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios” (art. 272, CP⁹¹), e a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (art. 273, CP⁹²).

Noutro passo, em seu aspecto figurativo⁹³, o termo corrupção refere-se à “ação ou resultado de subornar, de oferecer dinheiro a uma ou várias pessoas, buscando obter algo em benefício próprio ou em nome de uma outra pessoa”, “suborno”, “desvirtuamento de hábitos; devassidão de costumes; devassidão”, podendo-se destacar o crime sexual intitulado “corrupção

⁸⁷ Ana Elisa Bechara e Rodrigo José Fuziger destacam que um dos graves vícios do Direito brasileiro reside em analisar a corrupção sob a perspectiva individual do agente corrupto, prejudicando a visão sistêmica do problema, que na realidade possui a forma de rede, e não de apenas um ponto e momento isolados. BECHARA; FUZIGER, op. cit., p. 319.

⁸⁸ SCHILLING, op. cit., p. 15.

⁸⁹ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/corruptao/>.

⁹⁰ Art. 271 - Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde: Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

⁹¹ Art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

⁹² Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

⁹³ TOJAL, Tarsila Fonseca. O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil. 2022. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022.

de menores” (art. 218, CP⁹⁴), ou a corrupção de menores para o cometimento de crimes (art. 244-B da Lei nº 8.069/90⁹⁵) e, por fim, a corrupção associada às funções públicas, que corresponde ao emprego mais difundido do termo, e é a categoria que interessa ser tratada nesta pesquisa, podendo ser compreendida como o abuso de poder condicionado por vantagens⁹⁶. Dessa forma, vê-se que a noção diretriz de corrupção está atrelada, fundamentalmente, aos crimes contra a Administração Pública⁹⁷.

Examinando o ordenamento jurídico vigente, o atual cenário político e as propostas legislativas que têm por finalidade reprimir tais atos, há um evidente modelo jurídico disfuncional e excessivamente repressivo, mostrando-se muitas vezes ineficaz, especialmente ao se considerar a demasiada sobreposição de normas abertas que visam tutelar condutas semelhantes. Isso porque temos em vigência diversos dispositivos passíveis de punição relativos a apenas um ato ilícito denominado corrupto e que atente contra a Administração Pública, podendo vir a caracterizar ofensa nas esferas cível, administrativa, penal e eleitoral.

De igual modo, o principal ponto de controvérsia do estudo diz respeito a pluri-incidência normativa que visa abarcar atos de corrupção em nosso sistema normativo e qual é sua eficácia frente o combate à corrupção. Isso em razão de que a corrupção está presente não só no Código Penal brasileiro, mas também em numerosas legislações extravagantes inseridas em outras esferas do Direito e que podem incidir em decorrência de apenas um ato de corrupção, com uma multiplicidade de procedimentos para investigar, apurar e julgar sua prática e também ocasionando uma desproporcionalidade nas penas atribuídas em virtude disso.

No que toca ao sistema de normas, os Crimes Contra a Administração Pública encontram previsão no título XI do CP brasileiro, assumindo os contornos de dois tipos penais principais e específicos: a corrupção passiva – que especifica a conduta do agente público corrupto – prevista no art. 317⁹⁸, e a corrupção ativa – que especifica a conduta do particular

⁹⁴ Corrupção de menores Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

⁹⁵ Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

⁹⁶ Definição utilizada por Luís Greco e Adriano Teixeira em: GRECO, Luis; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano (Org.). Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, p. 19-51. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 31-32.

⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 407-428., mar./abr. 2011, p. 411.

⁹⁸ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo

corruptor – no art. 333⁹⁹, de forma que aquele é considerado mais amplo do que este, sendo independentes um do outro para sua configuração¹⁰⁰, ambos tendo como bem jurídico tutelado a Administração Pública¹⁰¹, além de não ser exigida a aceitação da outra parte para que perfaça o tipo penal.

Em torno da questão da autoria na corrupção, há interessantes peculiaridades que podem ser destacadas: como sujeito ativo da corrupção passiva somente pode ser o funcionário público ou aquele que está para assumir esta condição, contrariamente à corrupção ativa, que diz respeito a crime comum¹⁰².

Desse modo, pode-se dizer que não haverá coautoria entre o servidor corrupto e o particular corruptor, haja vista a existência de um tipo penal próprio para cada um¹⁰³, o que foi escolha do legislador de 1940, que disciplinou a corrupção ativa e passiva em capítulos distintos, rompendo, em tese, a bilateralidade obrigatória dessa infração penal que, via de regra, pode consumir-se a passiva, independentemente da correspondente prática da ativa, e vice-versa, o que facilita a punibilidade do autor do delito, visto que “nas modalidades de solicitar (passiva) e oferecer (ativa), por exemplo, independem da anuência do particular ou do funcionário público, respectivamente, para consumarem-se”¹⁰⁴.

Há quem discorde de tal posicionamento, defendendo que a corrupção passiva é delito bilateral, que depende da corrupção ativa. Nesse sentido, Alexandre Wunderlich suscita que “nas múltiplas formas do crime – “dar”, “receber”, “prometer” e “aceitar promessa” –, os tipos

dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

⁹⁹ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

¹⁰⁰ GRECO, Luis; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, p. 19-51. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 43.

¹⁰¹ Nessa ótica, leciona Cezar Roberto Bitencourt que “protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos* – arts. 312 a 359-H e Lei n. 10.028/2000. v. 5, 15. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, e-Book, p. 52.

¹⁰² SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 348.

¹⁰³ LOPES, Fabio Motta; DIEHL JÚNIOR, Ubirajara. Aspectos penais da corrupção no Brasil. In: ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Transparência, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

¹⁰⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 51, e-Book.

penais da corrupção ativa e passiva são interdependentes, ainda que o legislador tenha definido cada conduta em figura autônoma”¹⁰⁵.

Considera-se funcionário público, para fins penais, "quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública", consoante art. 327¹⁰⁶ do CP, equiparado no parágrafo primeiro aquele que trabalha em empresa que presta serviço, por contrato ou por convênio, para execução típica da Administração Pública.

Dentre os questionamentos mais pertinentes relacionados ao delito de corrupção passiva, destacam-se: i) qual a natureza da vantagem indevida a que se refere o tipo penal previsto no art. 317 do CP? ii) o recebimento de mimos e presentes caracteriza o delito? iii) seria necessária a demonstração do ato de ofício para configuração do dispositivo? iv) é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, em especial a corrupção? v) o ato de ofício deve estar inserido das atribuições do agente corrupto?

A despeito do conteúdo, abrangência e limites da vantagem indevida a que se refere o tipo, questão sempre destacada e abordada pela doutrina¹⁰⁷, que discute se ela deveria ser tão somente patrimonial ou se pode ser qualquer espécie de benefício, como moral, sexual ou sentimental.

Nesse sentido,

a dissociação da esfera do serviço público da esfera da vantagem pessoal não é nada diversa do que uma concretização de um princípio mais geral constitutivo do estado de direito liberal, a saber, o princípio da separação entre esfera pública e esfera privada, ou separação entre estado e sociedade¹⁰⁸.

No tocante ao conteúdo da vantagem, defende Bitencourt que “basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita”¹⁰⁹, enfim, para sua caracterização, entende ser necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública¹¹⁰, argumento este que é corroborado por Wunderlich quando aduz que “a caracterização do crime

¹⁰⁵ WUNDERLICH, Alexandre. Capítulo I: Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral. In: JÚNIOR, Miguel Reale. (Coord.) *Direito Penal: Jurisprudência em debate*, crimes contra a Administração Pública e crimes contra a Administração da Justiça. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 43.

¹⁰⁶ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

¹⁰⁷ SOUZA, op. cit., 2014, p. 349; BITENCOURT, op. cit., p. 52, *e-Book*.

¹⁰⁸ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 29.

¹⁰⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 52, *e-Book*.

¹¹⁰ Idem.

de corrupção ativa prescinde que a vantagem indevida seja de natureza material, sendo necessário que esteja relacionada a um ato próprio do ofício do funcionário corrompido”¹¹¹. De qualquer modo, é certo que a vantagem não é um instrumento accidental para cometer corrupção, senão seu principal elemento constitutivo¹¹².

Luiz Regis Prado também acolhe o entendimento de que a acepção do dispositivo deve ser entendida em sentido amplo, uma vez que “o funcionário pode se corromper traficando com a função, sem que a retribuição almejada tenha necessariamente valor econômico”¹¹³, de modo que o agente pode agir por amizade, para obter favores sexuais, visando alcançar um posto funcional de destaque ou até mesmo para satisfazer um desejo de vingança.

Portanto, entende-se ser necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce, objetivando “vender”, “comercializar” a função pública¹¹⁴. Nesse ponto de vista, Luís Greco e Adriano Teixeira compreendem que o pacto de injusto caracterizador da corrupção só se completa quando se define o que o servidor *dá* ou *oferece*, de forma que o pacto não se completa se a vantagem a ser aferida é concedida apenas em razão da posse ou da titularidade do cargo, tornando indispensável que a vantagem se combine, *ao menos*, com o exercício de sua função¹¹⁵.

No entanto, parece mais adequada a compreensão de que “basta que o funcionário solicite a vantagem indevida, seja atendida ou não sua solicitação, para que o crime se tenha como aperfeiçoado”, assim como ensinam Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr.:

Em verdade, quando a lei incrimina as condutas correspondentes, do corruptor e do corrompido, com uma única disposição, estamos diante de crimes distintos e autônomos. Embora todo fato de corrupção tenha, em sua estrutura, pelo menos dois sujeitos, a responsabilidade de cada um deles obedece a regras próprias. Com efeito, a conduta “corromper” é diversa, em seu significado e essência, da conduta “deixar-se corromper”. E pode acontecer que o corruptor responda pela corrupção própria e o corrupto pela corrupção imprópria, ou vice-versa. Ou, então, que um dos sujeitos responda por corrupção antecedente e o outro por corrupção subsequente. De fato, pode suceder que a retribuição seja ofertada para executar um ato contrário aos deveres do cargo, mas o funcionário a aceite acreditando erroneamente que esta seja destinada a fazê-lo cumprir um ato conforme ao dever (ou vice-versa). Como também poderá acontecer que o corruptor queira retribuir um ato a ser executado, enquanto o funcionário aceite a vantagem indevida imaginando-a como uma retribuição por um ato realizado. Ainda: à corrupção passiva, na modalidade do “solicitar”, não

¹¹¹ WUNDERLICH, op. cit., p. 54.

¹¹² GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 28.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. arts. 250 a 361. vol. 3, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 333, e-Book.

¹¹⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 53, e-Book.

¹¹⁵ Exemplificam Greco e Teixeira que “é suficiente que um funcionário do Detran assegure a um particular que irá, de algum modo, cuidar para que suas multas sejam perdoadas ou desapareçam dos registros do órgão público, embora ainda não se saiba como e quando isso ocorrerá”. GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 34-35.

corresponde nenhuma conduta do particular. Finalmente: poderá apresentar-se uma corrupção ativa sem a corrupção passiva, ou vice-versa¹¹⁶.

Por conseguinte, no que toca aos presentes de final de ano ou pequenas gratificações por serviços extraordinários, é correto asseverar que nestes casos inexistente corrupção. Assim, seria “impunível o recebimento de vantagem que fica adstrita à esfera pública, ou seja, que não pode ser considerada vantagem pessoal do funcionário”¹¹⁷. Helena Regina Lobo da Costa alude que a vantagem pode ser econômica ou de outra natureza, devendo “apresentar alguma relevância, o simples recebimento de presentes de baixo valor ou brindes, por ocasião do Natal, por exemplo, não configura esse requisito”¹¹⁸. Sob essa perspectiva, o acertado entendimento de Bitencourt ao ponderar que:

a tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material, donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém substancialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica¹¹⁹.

Isso significa que não é qualquer oferta, qualquer regalo ou qualquer mimo que terá idoneidade material ou relevância social apta a lesar o bem jurídico tutelado e consequentemente materializar a tipicidade do crime de corrupção¹²⁰. Exemplifica Emerson Paxá¹²¹ que, caso um diligente procurador da república ou um empenhado juiz em início de carreira que, atuando em comarca do interior, como é comum ocorrer, recebe de presente um animal de granja ou um bolo de um dos munícipes, como forma de demonstrar a sua gratidão pelo excelente trabalho desenvolvido na localidade, a partir do alargamento que tem sido conferido ao art. 317 do CP, este evento pode, facilmente, configurar um caso de corrupção passiva.

¹¹⁶ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101-102.

¹¹⁷ GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 46.

¹¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35-36.

¹¹⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 55, *e-Book*.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ OLIVEIRA, Emerson Paxá Pinto. Por que é preciso ato de ofício na corrupção passiva? *Revista Consultor Jurídico*. 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3r8nwM7>. Acesso em: 12 jun. 2022.

No que toca ao princípio da insignificância¹²² nos crimes contra a Administração Pública, por força do teor da Súmula 599¹²³, em que pese prevaleça no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é incabível a sua aplicação, é certo que a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer violação a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico¹²⁴. Merece destaque, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal discorda do posicionamento e compreende que o cometimento de conduta em prejuízo da administração pública não impede, a princípio, o reconhecimento da insignificância, uma vez que devem ser avaliadas as especificidades do caso concreto¹²⁵.

¹²² De acordo com Rafael Fagundes Pinto, “é possível conceituar o princípio da insignificância como o mecanismo de interpretação restritiva dos tipos penais de quem dispõem as agências judiciais, para corrigir a irracionalidade inerente ao processo de criminalização primária e reduzir a violência da criminalização secundária, mitigando a irracionalidade do poder punitivo, por meio da exclusão da tipicidade de condutas que, muito embora sejam adequadas ao pragma típico, não afetam de forma sensível o bem jurídico. Ou seja, nas quais falta alteridade em razão da inexistência de um conflito juridicamente relevante, o que torna absolutamente desproporcional a imposição da pena”. Ademais, preconiza o autor que “a aplicação do princípio da insignificância não é um favor concedido ao agente, por razões de piedade ou misericórdia, mas sim uma decorrência lógico-imperativa dos fundamentos básicos do direito penal, que vinculam a atuação do aplicador da lei”. Defende, ainda, que o referido princípio possui papel importante na aplicação das leis penais, “como um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos de penas, corrigindo a irracionalidade e excessiva abrangência do processo de criminalização secundária”. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 89-106. Por sua vez, Luiz Flávio Gomes reconhece a insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal, afirmando que “a consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade”. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 55.

¹²³ Súmula 599, STJ – “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 599. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017. Em que pese o referido posicionamento esteja pacificado, entende-se que o teor da súmula deve ser superado, uma vez que a moralidade administrativa figura como argumento deficiente e muito abstrato para obstar o uso da insignificância nos crimes contra a administração pública, inexistindo justificativa plausível para a compreensão atual, que criou uma barreira intransponível à aplicação da insignificância naqueles delitos praticados contra a administração pública, visto que nenhum bem jurídico ou princípio é absoluto. DAGUER, Beatriz; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Pensamento Jurídico*. Aprovado e aguardando publicação. Após a edição da súmula, dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça superaram a sua incidência: (STJ - RHC: 85272 RS 2017/0131630-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 14/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2018 RSTJ); (STJ - RHC: 153480 SP, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 24/05/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2022).

¹²⁴ BITENCOURT, op. cit., e-Book, p. 51.

¹²⁵ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. CRIME DE DANO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO, COM A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM PARA ABSOLVER O PACIENTE. [...] 2. Existência, na hipótese, de ilegalidade flagrante a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. O Direito Penal, regido pelo princípio da intervenção mínima, deve ocupar-se da proteção dos bens jurídicos mais valiosos e necessários à vida em sociedade, intervindo somente quando os demais ramos do direito não forem capazes de fazê-lo. É utilizado, portanto, como ultima ratio. 4. A aplicação do princípio da insignificância, na linha do que decidido por esta

Atualmente, é possível notar um grande alargamento na compreensão da corrupção – em especial a passiva – por parte dos Tribunais superiores, particularmente no que se refere à necessidade de comprovação ou não do ato de ofício para sua configuração. O termo ato de ofício se refere ao tráfico de função, do dever de ofício pelo funcionário público¹²⁶, vinculado ao exercício dos poderes administrativos inerentes à função, requerendo “ação específica e focal, o que impede a absorção do ato de ofício indeterminado ao injusto”¹²⁷.

Portanto, entende-se ser imprescindível “a concessão de um benefício em contrapartida à solicitação ou a vantagem recebida, devendo ser comprovada a relação existente entre a imputação lançada contra o servidor público e um ato de ofício determinado que pertença a sua esfera de atribuições”¹²⁸, dado que é ônus do órgão acusatório comprovar a existência do ato de ofício ou a motivação que deu ênfase ao recebimento da vantagem indevida, a partir da investigação policial¹²⁹, o que é corroborado por Emerson Paxá¹³⁰. Tal posicionamento advém da expressão “em razão da função”, que vincula o sujeito ativo do delito ao exercício de seus

Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. 5. Na espécie, o recorrente incorreu no tipo previsto no art. 163, parágrafo único, III, do CP, ao causar avaria na estrutura externa de aparelho televisivo antigo, da marca Semp Toshiba, Lumia Line 29', pertencente à autarquia federal. A conduta foi motivada por sua irresignação com o cancelamento de sua consulta médica, previamente agendada para tratar o diagnóstico de epilepsia, após ter aguardado o atendimento por 4 horas. Apesar da reação impulsiva e reprovável, não houve significativa ofensa ao bem jurídico tutelado e periculosidade social suficiente para justificar a proteção do Estado na seara penal. 6. Em que pese a subsunção da conduta ao tipo, presentes os vetores que orientam a aplicação do princípio da insignificância, a atipicidade material deve ser reconhecida. 7. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido, com a concessão da ordem, de ofício, para absolver o paciente ante a atipicidade material da conduta imputada. (STF - RHC: 190315 PR 0074662-77.2020.3.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/12/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 23/02/2021)

¹²⁶ OLIVEIRA, op. cit., 2018.

¹²⁷ FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. *A questão do ato de ofício*. Disponível em: <https://bit.ly/36tMMEC>. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹²⁸ DAGUER, Beatriz; CHINEZE, Giovanna Capobianco. As alterações interpretativas dos Tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. ano 2, n. 6, p. 33-61, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021, p. 41.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Ao analisar o dispositivo a partir do bem jurídico administração pública, que tutela o art. 317, do CP, afirma o autor que ele visa justamente proteger o regular e imparcial funcionamento da administração pública, buscando zelar pela objetividade e impessoalidade da atuação do poder público, sem permitir favorecimento injustificado a terceiros, impondo ao agente público o dever de probidade no trato da coisa pública. Diante disso, “mais do que o mero recebimento de indevida vantagem, deve haver o tráfico da função, do dever de ofício, pelo funcionário público”, haja vista que a corrupção, “em sentido técnico-jurídico, é o ato de negociar o dever funcional, solicitando, recebendo ou aceitando promessa de indevida vantagem para beneficiar outrem, agindo ou se omitindo, com o desvio ético do desempenho do cargo”. Portanto, entende que “não se trata de exigir para a consumação do crime em sua forma básica (artigo 317, caput) a prática de ação ou omissão com violação das funções, mas, sim, de atrelar a vantagem indevida solicitada, recebida ou cuja promessa foi aceita, à potencial verificação de um ato funcional pelo intraneus em favor de particular, como um verdadeiro especial motivo de agir nas condutas de solicitar, receber ou aceitar promessa”. OLIVEIRA, op. cit., 2018.

poderes funcionais e também que o exercício desse poder tenha sido motivado por uma vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida¹³¹.

Luís Greco e Adriano Teixeira¹³² compreendem que a corrupção como infração funcional, bem como a corrupção ativa no CP brasileiro pressupõem a promessa ou a realização de um ato de ofício do servidor, não sendo necessário que este ato seja detalhadamente individualizado, de modo que se possa saber data, local e modo de execução, no entanto, consideram necessário que se saiba em que sentido ou que tipo de ato de ofício o funcionário deve realizar. A seu turno, Alexandre Wunderlich defende que o ato de ofício deve ser especificado, não podendo ser qualquer ato, abstrato ou genérico, sempre dentro dos limites da atuação funcional daquele agente¹³³.

Em que pese a doutrina se assente em direção oposta, o atual posicionamento dos Tribunais superiores compreende não ser mais necessária a demonstração do ato de ofício como elemento apto a caracterizar o delito de corrupção passiva, prescindindo, inclusive, que o ato esteja no âmbito das atribuições do servidor¹³⁴.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³⁵ é pacífica ao considerar que

o crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.

Desta feita, compreende que o termo “em razão dela” não pode ser equiparado a ato de ofício, devendo ser lida no sentido de “ato que está dentro das competências formais do agente”.

Por conseguinte, é certo que houve notável modificação no entendimento dos Tribunais nas últimas décadas acerca do ato de ofício, de modo que o panorama traçado por Daguer e Chineze¹³⁶ conduz a constatar que após o julgamento do Mensalão houve uma notável flexibilização do tipo em comento, visto que até então o ato de ofício era imprescindível para sua caracterização, destacando-se o caso do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello e o julgamento da Ação Penal 307/DF¹³⁷, havendo grande distinção à interpretação

¹³¹ FREIRIA, op. cit.

¹³² GRECO; TEIXEIRA, op. cit., p. 34.

¹³³ WUNDERLICH, op. cit., p. 48-49.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor*. Disponível em: <https://bit.ly/3tB29Hc>. Acesso em: 13 jun. 2022.

¹³⁵ (STJ - REsp: 1745410 SP 2017/0007371-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 02/10/218, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2018)

¹³⁶ DAGUER; CHINEZE, op. cit., p. 42-57.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 13/12/1994. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 13/10/1995.

conferida no julgamento do ex-presidente Lula no âmbito da Operação Lava-Jato, que reascendeu a questão do ato de ofício¹³⁸.

Em uma outra vertente, no Brasil, a corrupção configura uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção¹³⁹. Nesse passo, a improbidade administrativa, disciplinada pela Lei nº 8.429/92, embora encontre dificuldades para sua conceituação, pode ser compreendida como “ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação dos princípios que regem a Administração”¹⁴⁰.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) prevê punição sobre atos de improbidade praticados no âmbito da Administração Pública, de modo que é passível de sanção aquele que comete ato ilícito no exercício de seu cargo público, orientada pelos limites legais estabelecidos¹⁴¹. Sua disposição tem aplicabilidade para atos de corrupção, mostrando-se como potente instrumento de controle por agentes públicos, atribuindo sanções como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por prazo estipulado na lei, a depender do ilícito em que o agente incorreu.

Por conseguinte, analisando o seu conteúdo, “as consequências jurídicas oriundas da prática de ato de improbidade administrativa são muito parecidas com aquelas incidentes no âmbito penal, particularmente porque se trata de uma ação tipicamente repressiva”¹⁴². Em razão

¹³⁸ O tema adquiriu especial relevo por ocasião do julgamento da apelação criminal do ex-presidente Lula, em que a defesa suscitou a atipicidade da conduta ante a ausência de comprovação ou indicação do ato de ofício praticado pelo agente, tendo sido afastada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segundo Almeida, Rocha e Caldeirão, a compreensão atual em torno da corrupção permite uma maior incidência penal, notadamente em razão da subjetividade conferida ao tipo delitivo, de modo que viola os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, como a legalidade, a segurança jurídica e até mesmo a presunção de inocência. ALMEIDA, Gabriel Bertin de; ROCHA, Claudia da; CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. O caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva. *Boletim do IBCCRIM*, v. 26, n. 310, p. 8-9, set. 2018.

¹³⁹ GARCIA, op. cit., p. 104.

¹⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 7.

¹⁴¹ DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de bis in idem de acordo com o precedente europeu. In: *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. vol. 3, p. 105-134, jul. - set./2020, p. 110.

¹⁴² BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 215-243., abr. 2019, p. 223.

de sua relevância para o tema, dedicar-se-á tópico exclusivo para abranger os principais aspectos da LIA.

Merecida ênfase se dá à criação da Lei nº 12.846/13, conhecida como a “Lei Anticorrupção” e que impõe sanções ditas civis e administrativas impostas às pessoas jurídicas condenadas pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, além de instituir e regular a sistemática do acordo de leniência. A legislação surge com o intuito de atender aos compromissos internacionais assumidos pelo país no combate à corrupção¹⁴³.

Como justificativa para sua propositura, na exposição de motivos¹⁴⁴, destacou-se que o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção, admitindo que a responsabilização civil é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário, e que o processo administrativo se revela mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.

Ainda que em uma primeira análise possa ser comemorada a edição da lei como uma iniciativa em prol de um “Direito Penal mínimo”, ao se debruçar sobre o conteúdo dos seus dispositivos, Guilherme Brenner Lucchesi conclui que as sanções previstas na lei estão inseridas em uma agenda expansionista do controle social, situadas em uma legislação dita de segunda velocidade do direito penal, sendo mais abrangentes e por vezes mais rigorosas que as próprias sanções penais cominadas às pessoas jurídicas¹⁴⁵.

Há quem diga, ainda, que a Lei Anticorrupção tem caráter de norma penal encoberta, mesmo que se apresente como norma administrativa, possivelmente para afastar problemas de constitucionalidade¹⁴⁶. Isso porque os atos ilícitos nela previstos possuem correspondência com normas penais, como, por exemplo, o art. 5º, que elenca a prática ou o financiamento da

¹⁴³ Notadamente a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Da expansão do direito penal para a expansão para além do direito penal: uma análise a partir dos mecanismos de controle social instituídos pela lei anticorrupção (lei n. 12.846/2013). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 189-210, 2017, p. 191.

¹⁴⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Ministério da Justiça; Advocacia-Geral da União. *Exposição de Motivos Interministerial nº. 00011/2009-CGU/MJ/AGU*. Brasília, 23. out. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3QmvmDo>. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹⁴⁵ LUCCHESI, op. cit., p. 189-190.

¹⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A lei anticorrupção como lei penal encoberta*. Disponível em: <https://bit.ly/3Hprpr>. Acesso em: 15 jun. 2022.

corrupção ativa, o uso de interposta pessoa para ocultar interesses ou beneficiário dos atos ilícitos e a fraude à licitação, cujos correspondentes penais são conhecidos e, além disso, no que toca às consequências e sanções, a extensão e gravidade são equiparadas às penais, bastando traçar um comparativo com a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que possui caráter penal e é mais branda que àquelas pretensamente administrativas de combate à corrupção. Dessa forma, diz-se que pouco importa qual é a denominação dada às sanções, se administrativas, cíveis ou criminais, pois os seus efeitos legais são rigorosamente os mesmos¹⁴⁷.

Significa dizer que, independentemente do que consta na norma, em que pese não possuírem a responsabilidade civil e administrativa natureza estritamente penal, a natureza reparatória e regulatória, respectivamente, destes ramos do Direito é aplicada na Lei com indiscutível finalidade punitiva¹⁴⁸, o que vai ao encontro com o argumento já mencionado de que a LIA também possui sanções muito mais próximas ao Direito Penal.

Ademais, pode-se destacar a existência de uma ampla gama de normas que tem por objetivo proibir atos de corrupção, a saber: a corrupção eleitoral (art. 299, da Lei nº 4.737/65), a corrupção praticada por prefeitos e vereadores (art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 201/67 e art. 312, do Código Penal), a corrupção militar (arts. 308, 309 e 310, do Código Penal Militar), a corrupção na esfera dos crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 23, da Lei nº 7.492/86), a corrupção na esfera tributária (art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90), a corrupção em licitações (arts. 89, 90 e 91, da Lei nº 8.666/93), a corrupção no setor privado (art. 195, incisos IX e X, da Lei nº 9.279/96) e a corrupção no âmbito da administração do meio ambiente (arts. 66, 67 e 68, da Lei nº 9.605/98).

Tais dispositivos não serão abordados para fins da presente pesquisa, uma vez que sua amplitude pode ocasionar modificação do objetivo pretendido, razão pela qual o enfoque principal será o delito de corrupção passiva, prevista no art. 317 do CP.

Vê-se, portanto, que o recrudescimento punitivo na tutela de atos de corrupção não se materializou e nem se materializa por meio de um projeto consolidado e refletido de prevenção e contenção da criminalidade. Por isso, o que poderia ser desenvolvido de modo linear e sistêmico, em verdade, se dá a partir de providências legislativas e jurisprudenciais esparsas, erráticas e contingenciais¹⁴⁹.

¹⁴⁷ LUCCHESI, op. cit., p. 206.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 194.

¹⁴⁹ TOJAL, op. cit., p. 49.

Ao estabelecer uma relação entre o enfrentamento da corrupção e o Direito Penal, em que pese a intervenção penal se afirme tradicionalmente como meio de excelência no combate à corrupção, é apropriado dizer que:

justamente em razão de sua simbologia – aos olhos da sociedade, um indivíduo exposto pela imprensa algemado, sofrendo privação de sua liberdade, ainda que de forma cautelar ou provisória, soa mais adequadamente punido do que se lhe fossem aplicadas sanções de outros ramos do Direito –, é importante ressaltar que sempre o Direito Penal chega tarde demais, lidando com o fracasso, isto é, com o dano já causado pela conduta criminosa à sociedade¹⁵⁰.

Sob essa ótica, Maíra Machado ressalta que é exatamente nesse contexto que a questão da coordenação interinstitucional se coloca, visto que, em um cenário que está marcado pela “multiplicidade de normas de conduta, de normas de sanção, de normas de processo e de instituições competentes para aplicá-las, a questão da interação entre elas, isto é, do modo como se coordenam, sobrepõem-se, dialogam ou se ignoram mutuamente torna-se central”¹⁵¹, ao passo que o principal objeto deste estudo é a atuação sucessiva e simultânea diante de um mesmo fato.

Como se viu, o retrato do Direito Penal da globalização é “um subsistema jurídico inchado, comportando normas incriminadoras muito diversas entre si, sendo as mais recentes de matiz muito mais poroso, justamente para que se possa capturar o maior número possível de condutas”¹⁵², em especial no que se consideram atos corruptos.

Ao formular análise da ligação entre mídia e sistema penal, Marcus Alan Gomes¹⁵³ aduz que “especificamente no que concerne à instância legislativa, a mais expressiva em termos político-criminais, prevalece a tendência em seres adotadas providências que satisfaçam as expectativas retributivas alimentadas pelo discurso midiático punitivista”, e, isso importa dizer que o protagonismo que o tema corrupção recebeu foi convertido em resposta para a massa por meio de uma superinflação legislativa e completamente desarmonizada, sem a observância a um sistema de garantias processuais mínimas.

Diante do cenário apresentado neste primeiro capítulo, que leva invariavelmente à conclusão de que há uma multiplicidade sancionatória que permeia atos de corrupção, a qual decorre de alternativas político-criminais, em especial a partir do protagonismo que o tema

¹⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. A Estratégia Brasileira de Controle da Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 32.

¹⁵¹ MACHADO, Maíra Rocha. Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 9-10, set.. 2014, p. 10.

¹⁵² TANGERINO, op. cit., p. 168.

¹⁵³ GOMES, op. cit., p. 139.

angariou nas últimas três décadas, faz-se necessário o exame da aproximação existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, tendo em vista a apontada intersecção existente entre as searas e verificação de sua aplicabilidade conjunta ou distinta, em observância aos parâmetros constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

2 O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA APROXIMAÇÃO

Feitas as considerações anteriores, necessário embasar a análise acerca da atual proximidade entre os instrumentos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, sob a ótica dos princípios basilares inerentes a cada um e à luz do poder punitivo estatal e seus mecanismos de repressão por ambas as vias.

Em uma perspectiva inicial, é certo que a criação desenfreada de leis surge como preocupação atual que merece destaque, porquanto há uma sobreposição normativa que prevê os mesmos atos em diferentes setores do Direito, tornando cada vez mais difusos os limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, especialmente em razão da crescente tutela dos bens coletivos.

Assim, ao questionar quais são as diferenças qualitativas entre estas duas facetas do Direito Público, impõe-se delinear de forma suficiente os seus limites e a sua conformação constitucional, para que se possa problematizar adequadamente a identificada multiplicidade de sanções penais e administrativas que são recorrentes no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, buscar-se-á analisar a distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos, penas e sanções administrativas, bem como a LIA à luz do Direito Administrativo Sancionador, aspectos imprescindíveis no tratamento conferido ao tema.

2.1 Breves notas sobre a função e os princípios do Direito Penal

É certa a premissa de que o Direito Penal tem como missão a proteção dos bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade, tradicionalmente identificado por seu caráter repressor e punitivo de condutas individuais ilícitas que os ofendem, a partir da imposição de penas¹⁵⁴,

¹⁵⁴ “A Constituição Federal estabelece modalidades distintas de responsabilização pela prática de condutas definidas na lei como delitos. [...] Como consequência da prática de um delito, a pena tem como destinatário o sujeito capaz (imputável). A personificação do ilícito impõe e limita a sanção: ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’ [...] Legalidade e pessoalidade, portanto, são os princípios centrais que orientam o sistema de responsabilização penal e representam os pilares de sustentação do sistema de garantias dos direitos fundamentais. Com o fechamento do horizonte de incriminação em uma lei penal prévia e taxativa, o vínculo entre a conduta delitiva e a sanção penal se estabelece a partir da identificação do autor do fato punível. A imputação recai apenas sobre aquele sujeito imputável que deu causa ao resultado ilícito [...]. A ideia moderna de responsabilidade penal é um dos desdobramentos jurídicos da teoria do contrato social, que tem como pressuposto que o sujeito da obrigação tenha *capacidade* de opção livre e consciente dos ônus decorrentes da sua conduta (pena). A definição dos critérios de capacidade (imputabilidade) penal no ordenamento jurídico

visto que é a única área do Direito capaz de restringir a liberdade do indivíduo e, portanto, com a reação mais grave.

Tanto é assim que “os conflitos desviantes reservados ao Direito Penal – as lesões criminosas – pertencem ao pior do que os homens fazem uns aos outros, são agressões aos interesses humanos fundamentais”¹⁵⁵ e, por conseguinte, a intensidade dos objetos reservados ao sistema jurídico-penal corresponde a dos seus instrumentos, ocupando o ponto no qual está em jogo “a transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos; ponto no qual as reações mais amenas não servem mais, no qual as respostas mais baixas não são mais possíveis de serem ouvidas”¹⁵⁶.

Por conseguinte, Direito Penal é “o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas”¹⁵⁷, estando intimamente ligado a três estruturas essenciais: à dogmática penal, à criminologia e à política criminal¹⁵⁸, guardando profundas conexões com o Iluminismo e com o ideário humanista da Revolução Francesa, exercendo funções de proteção dos direitos humanos e individuais¹⁵⁹.

brasileiro segue dois parâmetros normativos: o *etário* e o *psíquico*. Assim, a imputabilidade do sujeito – *imputabilidade* entendida como *capacidade para a culpabilidade* – compreende a ultrapassagem dos limites etários legais e a ausência de sofrimento psíquico que obstaculize a consciência do ilícito ou impossibilite uma conduta adequada às normas legais.” CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 461-479, 1º e 2º semestres. 2012, p. 462-463.

¹⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 415-416.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24.

¹⁵⁸ “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal”. Ibidem, p. 33. Ana Elisa Bechara advoga que a política criminal tem como objetivos: “(i) determinar os fins a atingir por meio da utilização do Direito Penal e seus princípios fundamentais; (ii) sistematizar os meios de controle do fenômeno delitivo, entre os quais se situa, em último caso, o Direito Penal; e (iii) analisar, à luz de seus princípios e fins, as diversas fases do sistema penal, orientando não apenas a elaboração legislativa como também a atividade de interpretação e a própria aplicação do ordenamento jurídico-penal. Tomada de forma concomitante como atividade política e como parte da ciência conjunta do Direito Penal, a política criminal pode ser situada em um ponto médio, como elemento de comunicação entre a ciência e a estrutura social”. BECHARA, op. cit., 2018, p. 97.

¹⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 135.

Em razão de seu caráter fortemente intervencionista, a teoria do delito e as referidas estruturas têm a função de restringir a interpretação e aplicação das normas penais, valendo-se sempre de seu caráter de *ultima ratio*¹⁶⁰, tal como referido por Martinelli e Schmitt de Bem¹⁶¹.

Ao abordar a temática dos limites da faculdade estatal de punir, Claus Roxin¹⁶² defende que estes só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal, que é a de garantir uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Sendo assim, “o papel legitimador que corresponde ao Estado é o de preservar essa ordem social, e para tanto, no caso da criminalidade, ou seja, em último caso, empregar o instrumento coativo mais forte de que dispõe, que é a pena ou a medida de segurança”¹⁶³.

Segundo Napoleão Nunes Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia¹⁶⁴, as origens da função jurisdicional acham-se na necessidade de repressão dos ilícitos, primariamente os de natureza criminal, razão pela qual o Direito Penal e o processo que lhe corresponde são a *grande referência* de todos os ramos do Direito Sancionador, disseminada nas várias instâncias de punição por parte do Estado, mas sobre uma base doutrinária comum, a lhe servir de suporte científico e operacional.

A instância penal possui um sistema de imputação geral, estabelecido pelo Código Penal e também pelo Código de Processo Penal, o que garante certa uniformidade quanto aos requisitos necessários à imposição de suas sanções, de maneira que essa uniformidade deriva do trabalho da doutrina penalista, que ao longo dos séculos desenvolveu o conceito analítico de crime com a finalidade de estabelecer requisitos mínimos necessários à responsabilização penal¹⁶⁵.

Salienta Juarez Cirino dos Santos que o Direito Penal das sociedades contemporâneas é “regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de proteção, nos níveis de

¹⁶⁰ É pressuposto do Direito Penal que ele deve intervir “na última fase do controle social”, uma vez que intervém com a pena e com a medida de segurança, o que conduz, inexoravelmente a uma necessária limitação. Nesse sentido, a intervenção mínima conta com dois subprincípios, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, *e-Book*, p. 70.

¹⁶¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, *e-Book*, p. 720.

¹⁶² ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

¹⁶³ BUSATO, op. cit., *e-Book*, p. 39.

¹⁶⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. *O Poder administrativo sancionador: origem e controle*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 55.

¹⁶⁵ ARÊDES, op. cit., 2017, p. 439.

criminalização primária e de criminalização secundária, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado”¹⁶⁶.

A base da teoria dos direitos fundamentais para resolver problemas centrais da dogmática penal constitucional seria a distinção entre regras e princípios jurídicos. Alexy Robert se pauta na tese de que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios, não havendo entre elas uma diferença gradual, mas sim uma diferença *qualitativa*. Segundo ele,

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio¹⁶⁷.

A respeito do tema, Juarez Tavares define princípios como “normas superiores da ordem jurídica, que têm função ordenadora”¹⁶⁸. Por isso mesmo, as normas penais são regras que podem ser também interpretadas de acordo com os princípios constitucionais e assim se tornam aptas a disciplinarem questões mais complexas e, ao mesmo tempo, sofrerem os ajustes necessários na sua aplicação. Portanto, os princípios servem de delimitadores das regras, não podendo ser tratados como meros enunciados, mas sim “como normas integrantes de uma determinada estrutura, no caso, a estrutura jurídica do Estado”¹⁶⁹.

Nas palavras de Winfried Hassemer¹⁷⁰, “os princípios do Direito Penal material podem ser compreendidos como garantias de vinculação do juiz à lei e ao Direito”, de modo que “a dogmática jurídico-penal concretiza a lei em um plano intermediário ao caso e apresenta fortes efeitos vinculantes”.

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, *e-Book*, p. 43.

¹⁶⁷ ROBERT, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 90-91.

¹⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 43.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ HASSEMER, op. cit., 2005, p. 363.

Assim como Nilo Batista¹⁷¹ e Paulo Busato¹⁷², Hassemer trata o Direito Penal como parte do controle social, afirmando que a posição do sistema jurídico-penal se situa neste campo, tendo os mesmos elementos estruturais que os outros âmbitos do controle social, quais sejam, norma, sanção e processo. Dessa forma, “a norma define a conduta desviante como criminosa, a sanção é a reação ligada ao desvio, o processo é o prolongamento da norma e da sanção à realidade”, podendo-se concluir que o Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes, assegurando as expectativas de conduta, determinando os limites da liberdade de ação humana, como um meio de desenvolvimento cultural e socialização¹⁷³.

Ao optar por proibir e punir determinados comportamentos, o Direito Penal expressa-se por meio de normas, correspondendo à lei sua fonte imediata de produção, em obediência ao princípio da legalidade¹⁷⁴, de modo que a fundamentação normativa do sistema de normas conduz à necessidade de análise dos critérios determinantes para a (des)valoração dos comportamentos incriminados e, portanto, da “racionalidade valorativa dos enunciados jurídico-penais concretos, sob pena de se converter o Direito Penal em puro fenômeno de poder”¹⁷⁵.

Juarez Tavares acentua que no Estado democrático, a estrutura jurídica se subordina à preservação primária da dignidade da pessoa humana e de sua liberdade, assim, todos os princípios constitucionais devem estar orientados à sua proteção. Adota a dignidade humana e

¹⁷¹ “É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições, pode o direito desempenhar outras funções (como por exemplo, a ‘educativa’ e mesmo a ‘transformadora’ – esta, oposta à ‘conservadora’). A preponderância da função de controle social é contudo inquestionável”. BATISTA, op. cit., p. 21-22.

¹⁷² Consoante o autor, “o Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social”, sendo “necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência”, de modo que “o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição etc.), ao final, a intervenção penal é sempre um mal”. BUSATO, op. cit., e-Book, p. 39.

¹⁷³ HASSEMER, op. cit., 2005, p. 415.

¹⁷⁴ “O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a *retroatividade* como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a *analogia* como método de criminalização ou de punição de condutas; e (d) a *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de proteção da legislação penal”. SANTOS, op. cit., 2020, e-Book, p. 44. “Em sua configuração atual o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada ‘proibição da analogia’”. HASSEMER, op. cit., 2005, p. 335.

¹⁷⁵ BECHARA, op. cit., 2018, p. 33.

a legalidade como princípios constitucionais básicos e inflexíveis, além de tratar como elementares o princípio da lesividade¹⁷⁶, da necessidade¹⁷⁷, da intervenção mínima¹⁷⁸, da idoneidade¹⁷⁹, da proporcionalidade¹⁸⁰, da proibição da dupla incriminação¹⁸¹ e da presunção de inocência¹⁸², sendo plausível afirmar, ainda, que contamos com outros princípios relevantes no Direito Penal, como a igualdade, adequação social, humanidade, culpabilidade etc¹⁸³.

A criminalização de uma conduta deve sempre pressupor uma lesão ou um perigo de lesão de bem jurídico, cuja legitimidade deve estar subordinada ao que lhe possa corresponder como lesão de um direito subjetivo¹⁸⁴. Ainda que em razão das variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar exaustivamente o termo bem jurídico¹⁸⁵, é plausível asseverar que ele constitui limitação ao exercício do poder punitivo estatal, na medida em que não pode ser posto como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação¹⁸⁶, devendo demonstrar que sua lesão signifique um dano à pessoa e às suas condições sociais.

¹⁷⁶ “Nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revam, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 4ª reimp., out./2019, p. 226.

¹⁷⁷ “O princípio da necessidade impõe ao Estado que só criminalize uma conduta quando demonstrar que a lesão ou o perigo concreto de lesão de bem jurídico tenha se salientado como de alta magnitude, de modo a constituir um atentado que não possa ser tolerado por qualquer pessoa”. TAVARES, op. cit., 2020, p. 85.

¹⁷⁸ “Pode-se dizer que todo delito se traduz em um conflito social, mas o conflito social, como tal, pode prescindir de uma solução mais radical, que seria aquela proposta pelo direito penal. Em face disso, descortina-se o princípio da intervenção mínima, pelo qual o processo de criminalização tem seu limite justamente no fato de o conflito poder ser solucionado por outro meio menos gravoso. Uma briga de vizinhos, por exemplo, não deve ser tratada no direito penal, quando se possa obter, mediante uma conciliação, a resolução do conflito. [...] Para que a norma penal incida sobre o fato é indispensável, nesse caso, que a lesão do bem jurídico se evidencie como algo intolerável [...]” A intervenção mínima “deve orientar o legislador a não criminalizar condutas de perigo abstrato, nas quais não se pode, concretamente, dimensionar a alteração da realidade empírica. [...] Na intervenção mínima o que se cogita é de, ao proceder a uma análise em termos de proporcionalidade entre os fatos e as consequências que lhes são acopladas, fazer-se uma avaliação qualitativa dos meios empregados para solucionar o conflito”. Ibidem, p. 87-88.

¹⁷⁹ “No Estado Democrático de Direito, pelo princípio da idoneidade, o que se pretende é afirmar que a criminalização não pode ultrapassar aquilo que seja adequado a prevenir o delito, quer em relação a todos, quer no que toca ao autor individual. [...] serve como meio delimitador do poder de punir do Estado, porque exige que o legislador demonstre a utilidade da criminalização, tanto para as pessoas quanto para a coletividade. Se o Estado não demonstrar a utilidade da criminalização, essa será ilegítima”. Ibidem, p. 88-89.

¹⁸⁰ Será dedicado, neste trabalho, um tópico específico para tratar do tema. De antemão, pode-se definir que a proporcionalidade “impõe que, ao definir os delitos, o legislador deve proceder a uma valoração diversificada das condutas lesivas ou perigosas” e figura como “um recurso para limitar a própria irracionalidade do sistema”. Ibidem, p. 90.

¹⁸¹ Art. 5º, XXXVI, CF – A lei não prejudicará direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. “O *non bis in idem* é um dos princípios mais importantes do Direito penal contemporâneo, visto que veda que os mesmos fatos (leia-se: o mesmo conteúdo de injusto ou a mesma infração) possam ser sancionados duas ou mais vezes, é um princípio geral do Direito punitivo e não apenas da área penal”. CALDEIRA, op. cit., p. 337.

¹⁸² Art. 5º LVII, CF – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁸³ Cada autor realiza uma abordagem diversa. Merece distinção o trabalho de Igor Luis Pereira e Silva, que realiza uma profunda análise dogmática e jurisprudencial sobre o tema. Ver em: SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios penais*. 2. ed., rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁸⁴ TAVARES, op. cit., 2020, p. 107.

¹⁸⁵ TAVARES, op. cit., 2019, p. 199.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 216.

De forma sucinta e pontual, Juarez Cirino dos Santos acentua que o método sistêmico de definição de bens jurídicos é simples: “são interesses ou necessidades do indivíduo, da sociedade ou do Estado, cuja significação individual, social ou estatal exige proteção jurídica”¹⁸⁷, sendo comum a ideia de que bem jurídico é um interesse juridicamente tutelado.

Nesse aspecto, o objetivo do Direito Penal não seria o de simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de “traçar, nitidamente, os contornos das zonas do lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade”¹⁸⁸. Pressupõe-se, na linha da doutrina de Roxin, que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”¹⁸⁹.

Ainda que se tenham divergências doutrinárias a seu respeito e alguns autores defendam a existência de uma crise do bem jurídico, acredita-se que a sua teoria ainda vigora, como um conceito reformulado de acordo com a liberdade substantiva de seu titular e integrado, funcionando como um filtro político criminal que seja:

escrutinador da legitimidade das normas penais, cuja pretensão é identificar e balizar, nos termos de um direito penal liberal, os limites materiais do poder do legislador, que, mesmo democraticamente eleito, não pode incriminar qualquer conduta apenas por lhe soar desagradável¹⁹⁰.

Sobre a justificação e a racionalidade das leis penais, o seu conceito refere-se à capacidade de elaboração, no marco do controle social jurídico sancionador, de decisões legislativas que atendam aos dados e valores relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais incidem¹⁹¹.

Ana Elisa Bechara aponta a crítica à racionalidade do sistema penal em razão de sua ineficácia para solucionar as novas demandas sociais, advindas de um crescente processo de modernização e da insegurança nos planos objetivos e subjetivo, notadamente no Brasil, em que há uma impressão de desordem provocada pela coexistência de valorações politicamente antagônicas e, assim, pelo próprio funcionamento inadequado do nosso sistema penal¹⁹².

¹⁸⁷ SANTOS, op. cit., 2020, *e-Book*, p. 37-38.

¹⁸⁸ TAVARES, op. cit., 2019, p. 229.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 16.

¹⁹⁰ SANTOS, Humberto Soares de Souza. Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal incriminador. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 359.

¹⁹¹ BECHARA, op. cit., 2018, p. 53.

¹⁹² *Ibidem*, p. 55-56.

Ao considerar a evolução do modelo de Estado e a tensão da economia entre o intervencionismo estatal e as políticas neoliberais ante uma realidade social tão complexa e repleta de nuances, assistimos a uma simplificação da resposta estatal que parece reduzir-se a uma utilização simbólica do Direito Penal, e a uma diminuição das garantias que o ordenamento constitucional outorga também ao cidadão delinquente¹⁹³. Nesse cenário, forçoso ponderar que “a inserção do cidadão em uma ordem jurídica determinada faz dele objeto de proteção dessa mesma ordem, não apenas quando é vítima de um fato, mas, sim, também quando dele é autor”¹⁹⁴.

Com referência ao tema, Juarez Tavares enfatiza que a criminalização só pode ter, por pressuposto, uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão do bem jurídico, de modo que “a exigência da fórmula de perigo concreto ao bem jurídico e não um estado de simples ameaça constitui o alicerce de uma teoria crítica do delito, a qual não deve se preocupar em legitimar a intervenção penal, mas, sim, em traçar limites rigorosos à sua execução”¹⁹⁵, estando claro que em muitas oportunidades o legislador se vale de uma fórmula de perigo abstrato¹⁹⁶ em suas incriminações, à qual se apegam a doutrina para ampliar a incidência do poder punitivo e legitimá-lo, constituindo uma legislação simbólica, destinadas à satisfação de interesses políticos e tendo o condão de iludir seus destinatários mediante argumentos de que a conduta incriminada apresenta potencialidade lesiva¹⁹⁷.

É correto afirmar que a tradição liberal do Direito Penal clássico¹⁹⁸ sempre impulsionou o Direito Penal a priorizar os interesses individuais, como a vida, a liberdade, a integridade

¹⁹³ Trecho original: “[...] Pero, además, existen otros factores que, junto a su propia ideología, condicionan hoy el contenido de las reflexiones de los estudiosos del Derecho y las propuestas que los mismos efectúan, cuando se tienen que pronunciar sobre un tema como la corrupción. Baste con considerar la evolución del modelo de Estado, y la tensión en lo económico entre el intervencionismo estatal y las políticas neoliberales. Pero, contradictoriamente, ante una realidad social tan compleja y llena de matices, asistimos a una simplificación de la respuesta estatal que parece reducirse a una utilización simbólica del Derecho penal, y a una disminución de las garantías que el ordenamiento constitucional otorga también al ciudadano que delinque. [...]” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; BECHARA, op. cit., p. 10.

¹⁹⁴ TAVARES, op. cit., 2020, p. 45.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 108.

¹⁹⁶ Nos casos em que a legislação prevê perigos abstratos ao bem jurídico como fundamento de incriminação está em contradição “com a própria ordem democrática, que não pode prescindir da demonstração de que a ação incriminada produz uma alteração sensível da realidade” e, precisamente por isso “é indispensável vincular a ação ao conteúdo do injusto penal, o qual tem como pressuposto essa modificação do estado do bem jurídico”. TAVARES, op. cit., 2020, p. 133.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 108.

¹⁹⁸ No paradigma de Direito Penal clássico, é o indivíduo e sua proteção que figuram no cerne do Direito Penal, e não a proteção de sistemas, instituições ou expectativas. Tal concepção é fruto das ideias revolucionárias do Iluminismo e coloca o indivíduo no cerne de sua elaboração, justificando a prevalência de princípios como subsidiariedade, proporcionalidade, direito à defesa etc. como meios de garantia da liberdade. Assim, “sendo o Direito repressor uma garantia de liberdade dos cidadãos perante o Estado, não poderia ser usado para alcançar qualquer outra função além dessa finalidade de garantia. A tutela de bens jurídicos coletivos, a criminalização de deveres, e toda a sorte de legislações penais simbólicas ou não essenciais ao convívio social

física, o patrimônio e a honra. No entanto, o Direito Penal moderno¹⁹⁹ deixou de ser caracterizado por bens jurídicos individuais, por crimes de lesão e por claras e precisas definições, para dar preferência à outra modalidade de bens jurídicos, os supraindividuais, protegidos por crimes de perigo abstrato com definições vagas e imprecisas²⁰⁰, os quais tutelam interesses difusos e coletivos, ou seja, não se vinculam a uma só pessoa ou a um único indivíduo, mas a grupos, categorias ou segmentos sociais²⁰¹.

Nessa medida, os referidos bens jurídicos supraindividuais²⁰² surgem a partir do contexto da globalização e da necessidade de ultrapassar barreiras nacionais físicas, haja vista a progressão da mundialização após as Guerras Mundiais do século passado, em que tudo passa a ocorrer em nível planetário: a economia, o mercado, as tragédias e os problemas ecológicos²⁰³. Com efeito, percebe-se que áreas antes reguladas essencialmente pelo direito administrativo ou civil, como o âmbito econômico, ambiental e informático, passaram a receber vigilância penal.

Caracterizados por seu alto grau de abstração, não raras vezes dotados de conceitos vagos e imprecisos, é evidente que o conceito de bem jurídico passou a sofrer modificações na sociedade atual, o que torna mais dificultosa a sua definição.

Emilia Merlini Giuliani²⁰⁴ defende a aceitação dos bens jurídicos coletivos, uma vez que estes se mostram imprescindíveis ao asseguramento das condições da vida em sociedade, desde

não teriam guarida nesse modelo clássico de Direito Penal”. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 35.

¹⁹⁹ O conceito de Direito Penal moderno é amplamente tratado por Winfried Hassemer. Nesse sentido, destaca-se um trecho: “Las reformas en el Derecho penal material no se central en la Parte General, sino en la Parte Especial, y no comportan la desminución del peso ni el repliegue del Derecho penal. Todo lo contrario, agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongando en Derecho penal a otros espacios, que de este modo se extiende simultáneamente a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos [...] Los setores que definen el nuevo Derecho penal son: el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo y la criminalidad organizada, entre otros. La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes). De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por contra, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador”. HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro*. *Revista Penal*. Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41, jan./1998, p. 37.

²⁰⁰ SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 190-210, jan./jun.. 2009, p. 200-201.

²⁰¹ CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 238.

²⁰² Sobre o tema, ver em: BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

²⁰³ GIULIANI, Emilia Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 101-120, 2014, p. 105.

²⁰⁴ GIULIANI, op. cit., p. 114-115.

que respeitados os critérios de analogia constitucional material, a transcendência e a corporização substanciável, para que o bem jurídico supraindividual possa indicar quando uma incriminação é de fato legítima, tornando necessário não só que ele seja suscetível de sofrer uma ofensa, mas que essa ofensa possa ser devidamente verificada e não cogitada de forma hipotética.

Com isso, na tarefa de construir pressupostos para tutela penal de bens jurídicos, diz-se que “os de natureza individual merecem atenção redobrada, pois o seu caráter abstrato e mais impreciso oportunizam ao Estado adentrar em âmbitos nos quais a tutela penal não seja desejável como a moral ou o excesso das funções de controle”,²⁰⁵.

De todo modo, verifica-se que a intensa e célere transformação social e do Direito Penal demanda esforços da dogmática, na medida em que este novo panorama impõe a tarefa de adequação à realidade sem que se perca de vista os princípios inerentes à matéria. Traçadas todas essas ponderações e compreendidos os principais conceitos que permeiam a seara penal e conduzem ao ponto principal do presente trabalho, faz-se necessário analisar também a função e os princípios inerentes ao Direito Administrativo Sancionador, bem como os ilícitos administrativos.

2.2 A função e os princípios do Direito Administrativo Sancionador

Preliminarmente, impõe-se definir que Direito Administrativo é associado à prevenção das condutas ilícitas, aos mecanismos que evitam os danos e, desse modo, às previsões gerais que inibam as condutas indesejadas. A seu turno, o Direito Administrativo Sancionador busca ordenar, de maneira geral, setores de atividade, ou seja, reforçar por meio de sanções um determinado modelo de gestão por parte da Administração Pública.

O terreno em que incide o Direito Administrativo não é arbitrariamente moldado pelo Estado, visto que de um lado se tem a Constituição impondo limites e, de outro, a doutrina, a jurisprudência e o sistema jurídico como um todo possuem bem assentados os requisitos teóricos e pragmáticos que justificam sua incidência²⁰⁶, tendo como base de sua formação teórica o conceito de interesse público²⁰⁷, razão de ser dos poderes administrativos, privilégios,

²⁰⁵ SILVA, op. cit., 2009, p. 202.

²⁰⁶ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 69.

²⁰⁷ Afirma Osório que não se pode calcar todo o conceito central de um ramo jurídico apenas no interesse público, embora este possa ser um dos elementos indispensáveis ao núcleo do Direito Administrativo. OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 72-73.

sujeições e limites aos quais estão submetidas as Administrações Públicas. Forçoso notar, ainda, o vasto campo de incidência desta seara, que atua desde as áreas de fomento, de serviços públicos, de atividades econômicas, de polícia, passando pela regulação ou pela sanção²⁰⁸.

Isto posto, pode ser definido o Direito Administrativo como:

ramo do Direito Público, afeto ao chamado Direito do Estado, constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si, com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados, bem como incidindo sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada²⁰⁹.

Destaque-se que também as funções típicas do próprio Poder Judiciário são enquadráveis no âmbito do Direito Administrativo, visto que tais funções podem apresentar-se processualmente pelo ângulo judiciário, e materialmente por meio do ângulo administrativo, submetidos ao regime jurídico deste²¹⁰. Em suma, o Estado assume o papel de interventor, passando a conviver com a indagação sobre o melhor instrumento para aparelhar suas ações em função dos fins que lhe são atribuídos²¹¹, exercendo sua potestade sancionadora sobre os administrados.

É certo que o sancionamento por meio deste setor do Direito não consiste em novidade, visto que há tempos são impostas condutas pelo tradicionalmente denominado poder de polícia, e hodiernamente o assunto adquiriu maior interesse não apenas em razão do alargamento qualitativo de tais atividades, mas também com um novo enfoque, qual seja, de eventual “substituto” ao Direito Penal em certos âmbitos²¹².

Em que pese tal modificação, é correto afirmar que inicialmente a função do Direito Administrativo Sancionador era eminentemente a de prevenção, em contrapartida ao Direito Penal, que sempre visou à repressão.

A partir dessas ponderações, é possível conceber a configuração de ilícitos administrativos, sanções administrativas e os princípios do Direito Administrativo Sancionador, que é uma subdisciplina do Direito Administrativo, a qual compreende todo o sistema de normas que descrevem determinadas condutas como administrativas, estabelecendo as correspondentes penalidades que, mediante processo administrativo, são aplicadas aos infratores por parte das diferentes entidades e órgãos que compõem a administração direta e

²⁰⁸ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 82.

²⁰⁹ Ibidem, p. 84.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ TOJAL, op. cit., p. 143.

²¹² COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009, p. 562.

indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²¹³, remontando ao poder de polícia do Estado e decorrendo de herança da França pós-revolucionária²¹⁴. Ou seja, nessa esfera, os cidadãos e pessoas jurídicas estão sujeitos a sofrer restrições em seus direitos em decorrência da imposição de sanções²¹⁵.

Outrossim, ainda que o Direito Administrativo Sancionador se envolva de atuação predominantemente repressiva²¹⁶, no Brasil não há uma sistematização das regras a ele aplicáveis, tampouco a existência de diretrizes gerais. A matéria conta com previsões em leis esparsas e normas específicas emitidas pelos órgãos e pessoas jurídicas de direito público de diferentes esferas da Federação²¹⁷, sendo razoável pressupor que sua base é dogmática, visto que resulta intimamente conectado ao princípio da legalidade e ao âmbito formal e material de sua incidência²¹⁸.

O problema consiste, além da ausência de legislação específica e sistemática, na falta de decisões judiciais coerentes e orientação clara sobre a aplicação da matéria, além de terem diversos questionamentos sobre a utilização dos princípios inerentes ao Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, tendo em vista a sua atual proximidade diante de uma fonte comum: o poder de punir do Estado²¹⁹.

Ao se debruçar sobre o tema, Ana Carolina Carlos de Oliveira²²⁰ cita que a função do Direito Administrativo Sancionador é de uma ferramenta que permite abrigar as expectativas do legislador de prevenção de delitos (delimitando condutas proibidas e prevenindo sanções), prevenir a lesão de bens jurídicos (individuais e, principalmente, coletivos), e ao mesmo tempo salvaguardar algumas das estruturas básicas do Direito Penal (como o princípio da imputação pessoal, culpabilidade, perigo concreto etc.).

No espaço de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador, cuida-se de infrações administrativas para as quais o ordenamento jurídico previu a possibilidade de que a

²¹³ FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais*: análise dos processos da ANP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 1.

²¹⁴ BAPTISTA, op. cit., p. 75.

²¹⁵ FÉO, op. cit., p. 2.

²¹⁶ Predomina, nesta seara, a ideia de repressão e responsabilização, posterior à prática do ilícito administrativo, uma vez que a sanção administrativa tem efeito afliitivo e não obstrutivo ou reparador. Cf. BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: *Limites do poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Organização de Luís Augusto Sanzo BRODT, Flávia SIQUEIRA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

²¹⁷ FÉO, op. cit., p. 2.

²¹⁸ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 143.

²¹⁹ FÉO, op. cit., p. 2.

²²⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Sanções administrativas e prevenção da lavagem de dinheiro. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37.

própria Administração apurasse, processasse e executasse as sanções legalmente previstas aos responsáveis²²¹. Este setor não se dedica exclusivamente às condutas praticadas por agentes públicos, uma vez que “ocupa também espaço importante a sancionar condutas setorializadas, tais como as proibições do direito de trânsito, nas relações do contribuinte com o Estado, no desempenho do direito de construir, nas relações de vizinhança e em outras tantas esferas”²²².

Quanto aos princípios processuais e garantias a serem aplicadas no domínio do Direito Administrativo Sancionador, Gregório Guardia faz análise à luz da Constituição Federal, defendendo, sobretudo, a aplicação do princípio da legalidade e a pertinência da aplicação da máxima do *nullum crime nulla poena sine lege*²²³, bem como da proporcionalidade, posto que, quanto mais gravosa, mais completo deverá ser o regime de garantias processuais, em razão de um juízo de adequação entre o dano ocasionado e a sanção a ser atribuída²²⁴.

Também defende o princípio da presunção de inocência como aplicável a essa seara, de modo que o acusado tem direito de não ser condenado a menos que existente prova clara e convincente dos fatos, obtida em observância às garantias constitucionais²²⁵, além do princípio da culpabilidade e o consequente afastamento da responsabilidade objetiva, decorrente da racionalidade civilista, razão pela qual a imputação de uma norma jurídica administrativa deve partir sempre de uma ação praticada com culpa ou dolo²²⁶.

Traz o princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que impõe que o processo administrativo seja público, franqueado o acesso a todos os interessados, referenciando também a importância do princípio da impessoalidade, “com a taxativa proibição de perseguições promovidas pela administração pública, impelida por desavenças pessoais e interesses particulares do administrador”²²⁷.

Abordando o direito punitivo público e geral do Estado (definido por Sandro Dezan como *direito público sancionador*), o *jus puniendi* estatal, ainda que dividido em ramos epistemológicos que buscam proteger específicos e setorializados bens jurídicos, “possui uma base ontológica unitária, formada por princípios jurídicos, expressos e implícitos, de direito

²²¹ ALAN, José Alexandre Zachia. *Lições sobre proibidade administrativa*: de acordo com as modificações da lei 14.230/21. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, *e-Book*, p. 21.

²²² Idem.

²²³ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 773-793, jan./dez.-2014, p. 783.

²²⁴ Ibidem, p. 785.

²²⁵ Ibidem, op. cit., p. 787.

²²⁶ Ibidem, op. cit., p. 788.

²²⁷ Idem.

sancionador, que delineiam a uniformidade de regras e outros princípios informativos” nos mais diversos ramos do direito público²²⁸.

Osório discorda da tese de que haveria um *ius puniendi* único entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, “dado que os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos”. Para ele, “a inconsistência teórica dessa suposta unidade reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado” e o Direito Penal tem “evolução histórica muito diversa, alicerçando-se em outros pressupostos culturais e normativos”.

Helena Regina Lobo da Costa²²⁹ defende que as garantias referentes à apuração de ilícito e imposição de sanções não têm emprego somente no campo penal, visto que decorrem da atuação sancionadora do Estado, independentemente de qual seja o meio em que ela seja operacionalizada. Ainda que no Direito Penal essas garantias possam ser mais detalhadas ou intensas, não é necessário reconhecer uma identidade entre os ilícitos ou entre as funções penal e administrativo-sancionadora para conferir garantias e a observância de princípios limitadores da atuação estatal à seara administrativa²³⁰.

No que se refere à fiscalização, investigação e repressão de atos de corrupção, merece destaque o crescimento e a atenção voltada ao Direito Administrativo Sancionador, cada vez mais municiando as autoridades administrativas de instrumentos legais para a aplicação de penalidades²³¹.

Por conseguinte, o advento da Lei nº 12.846/13 foi um importante marco de utilização expressa do Direito Administrativo Sancionador como forma de punição de pessoas jurídicas, trazendo à tona as regras que devem reger o processo investigatório e a imposição das sanções previstas²³². Conforme mencionado alhures, o rol de infrações administrativas previstas no art. 5º da Lei Anticorrupção apresenta paralelo com alguns delitos contra a Administração Pública, tais como corrupção passiva, fraude à licitação, dentre outros.

²²⁸ DEZAN, Sandro. *Princípios de Direito Administrativo Sancionador* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 35.

²²⁹ COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre Docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013, p. 147-148.

²³⁰ Idem.

²³¹ MELLO, Levi de. O processo administrativo sancionador como instrumento de controle. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37, p. 168.

²³² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o Direito Administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 743.

Desse modo, a relação de proximidade entre os crimes contra a Administração Pública exclusivamente voltados para as pessoas físicas e as infrações administrativas agora previstas para as pessoas jurídicas, concretiza a importância de debater as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, ao mesmo tempo em que “chama a atenção para a insuficiente formulação teórica e prática deste último ramo no Brasil”²³³.

De qualquer forma, não se nega a legitimidade de imposição de sanções por parte do poder administrativo sancionador, no entanto, para além da necessidade em se ter critérios objetivos e bem delineados para a utilização do Direito Administrativo Sancionador em nosso ordenamento jurídico, é necessário que haja uma contenção pelo sistema jurídico de aplicação de sanções, prezando por um sistema que acate o exercício da defesa plena e seja compatível com o Estado Democrático de Direito, observando princípios constitucionais básicos, sob pena de se transformar em instrumento punitivo sumário, notadamente em razão de seu notório alargamento.

2.3 A Administrativização do Direito Penal e a proximidade entre as duas esferas de punição ante o poder punitivo estatal

Feita a identificação das características inerentes ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, cumpre mencionar que subsistem zonas de penumbra entre os dois campos normativos, haja vista a atribuição de um papel central da seara penal como gestor de riscos da sociedade moderna.

Assim, na medida em que constitui decisão política e legislativa a repressão de uma determinada conduta, vê-se uma falta de racionalização na criação de ilícitos e também uma modificação no conteúdo material e estrutural dos tipos penais, decorrente da introdução de novos objetos de tutela de titularidade supraindividual e da antecipação das fronteiras da intervenção penal²³⁴, problema que vem sendo enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência em diversos países.

Sob essa ótica, é evidente que a nova forma de orientação de política governamental repressiva se deu preponderantemente por meio da criação de novas leis penais e projetos de legislação, que ocupam posição central em discursos políticos, em que “adota-se técnica

²³³ GRECO FILHO; RASSI, op. cit., p. 743.

²³⁴ BADARÓ, op. cit., 2017, p. 107.

legislativa tendente a considerar o Direito Penal cada vez mais como instrumento de controle acessório ao Direito Administrativo”²³⁵.

Como consequência das novas formas de criminalidade, viu-se um movimento de redução da rigidez dos pressupostos gerais da intervenção penal, mas também no recrudescimento de penas e na neocriminalização, ocasionando uma superprodução de leis penais extravagantes, sobretudo a partir da década de 1990²³⁶, além de um grande aumento na produção de ilícitos administrativos, na tentativa de tutelar os novos riscos que advém da sociedade moderna.

Como se vê, ambos os setores possuem regras de imputação distintas, com princípios e exigências de imputação teoricamente diversos, impondo a observância a estes critérios de forma individual. A problemática reside na identificação de critérios para distinguir o que é crime e o que é infração administrativa, especialmente ao levar em conta a perspectiva na qual o Direito Penal é chamado a atuar a partir de uma estrutura mais contígua em relação ao Direito Administrativo Sancionador.

Como pontuado por Vicente Greco Filho, a discussão sobre os princípios diferenciadores do Direito Penal e Administrativo Sancionador é antiga, tendo sido reacendida recentemente em virtude da ampliação da seara penal para condutas tradicionalmente reguladas pelo setor administrativo, bem como pela intensificação da gravidade das sanções administrativas²³⁷. Como princípios comuns a ambas as searas, menciona-se o princípio da legalidade, da tipicidade, da presunção de inocência, da irretroatividade, da proporcionalidade, do *non bis in idem* e da prescrição.

Com isso, a conexão entre regras administrativas e Direito Penal mostra-se cada vez mais estreita nas reformas de leis penais do Brasil com o passar das últimas décadas, na medida em que as leis penais se vinculam crescentemente aos regramentos administrativos, observando-se a transformação do próprio Direito Administrativo Sancionador, cuja severidade em alguns âmbitos se aproxima do Direito Penal²³⁸.

Ou seja, há um rompimento categórico das fronteiras entre as searas penal e administrativa, de forma que a tendência preponderante seria a de modificação dos fundamentos tradicionais e “administrativizar ilícitos penais dentro da jurisdição penal, e penalizar ilícitos

²³⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, p. 16-29, 2009, p. 17.

²³⁶ BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 103.

²³⁷ GRECO FILHO, op. cit., p. 744.

²³⁸ OLIVEIRA, op. cit., 2014, p. 35.

dentro da jurisdição não penal, além de outorgar competências cada vez mais incisivas e cerceadoras de direitos individuais às autoridades puramente administrativas”²³⁹.

Ao tratar do fenômeno geral no qual se insere o desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico, Alessandro Baratta²⁴⁰ o define como “administrativização do Direito Penal”, e, razão da extensão da área da tutela penal aos interesses difusos ou coletivos (o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública etc.) e às funções da Administração Pública (como o sistema monetário, o sistema de economia, a atividade do Estado enquanto monopolista do mercado de trocas etc.).

O autor afirma que o termo “administrativização” indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se dos requisitos clássicos da lei, quais sejam, abstração e generalidade. Com isso, as normas penais se transformam em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais, em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de “emergências” concretas e, conseqüentemente, expande-se a esfera de competência e discricionariedade das decisões judiciais, que tendem a assumir um caráter político²⁴¹.

Renato de Mello Jorge Silveira²⁴² também trata do tema, mencionando que essa nova relação vivenciada em campos como o ambiental e o econômico pode ser vista em casos em que existe uma dependência absoluta do Direito Penal ao Direito Administrativo (que transforma a seara penal em campo de simples execução das pretensões administrativas), que seria uma dependência relativa de um a outro (na qual a Administração informa o conteúdo do proibido e do permitido) e gera cada vez menos uma situação de independência da esfera penal. Em outras palavras, se afirma de modo categórico o rompimento de fronteiras antes vistas entre as áreas penal e administrativa²⁴³.

²³⁹ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 138.

²⁴⁰ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar.. 1994, p. 11-12.

²⁴¹ Ibidem, p. 12.

²⁴² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A recorrente busca da despenalização no Direito Penal Econômico: a atual leitura sobre a possível terceira via entre o crime e a infração administrativa. In: *IBBCRIM 25 anos*, p. 265-280. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 271.

²⁴³ SILVEIRA, op. cit., 2017, p. 271.

A mencionada administrativização conduz à edição de normas penais em branco²⁴⁴, tipos penais abertos, assessoriedade administrativa²⁴⁵, delitos que sancionam a mera desobediência ou que antecipam a punição – o que se faz visível pela crescente criação de delitos de perigo abstrato e de mera conduta etc.

O fenômeno da administrativização do Direito Penal também foi denunciado por Jesús-Maria Silva Sánchez²⁴⁶, na ocasião em que em momento anterior o Direito Penal reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado, e se converteu em um direito de gestão punitiva de riscos gerais e, nessa medida, foi administrativizado. Dessa forma, o Direito Penal passou a ser um ramo “que busca a prevenção de danos gerais para além da repressão aos danos causados e, assim, é um direito projetado para o futuro, antecipando a intervenção estatal”²⁴⁷.

Para o aludido autor, o fator decisivo na diferenciação não é somente a configuração do injusto, senão os critérios desde os quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diverso signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo²⁴⁸.

O Direito Penal “administrativizado”, utilizado pelo Estado como instrumento de prevenção de delitos, âmbito próprio do Direito Administrativo tradicional, não tem êxito nessa tarefa, uma vez que “os riscos não deixaram de existir, sequer há evidências de que a repressão dos crimes de perigo abstrato ensejou menos ocorrências danosas em prejuízo da sociedade”²⁴⁹, resultando em um Direito Penal simbólico e sem efetividade²⁵⁰.

²⁴⁴ Pode-se dizer que “a lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional”, ademais, “se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito”. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, op. cit., p. 206.

²⁴⁵ Nesse sentido, Hassemer: “Na minha maneira de ver, a assessoriedade administrativa faz com que o ilícito penal deixe de ser invisível. Na prática, a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator. Com isso, o direito penal perde credibilidade para a generalidade dos cidadãos [...] enquanto o direito penal continuar a incluir a privação da liberdade no respectivo rol de sanções, não podemos abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais. Medidas de coação como a prisão preventiva ou sanções como a pena de prisão não são admissíveis apenas com base na apuração de responsabilidades coletivas, ficando na penumbra o exato alcance das responsabilidades individuais. De uma vez por todas, deveríamos nos convencer de que a imputação de responsabilidades individuais é imprescindível no direito penal e qualquer concessão a esse respeito é inaceitável”. HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-35, abr./jun.. 1998, p. 32.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 148.

²⁴⁷ FÉO, op. cit., p. 43.

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 150.

²⁴⁹ FÉO, op. cit., p. 43.

²⁵⁰ Sobre o tema, Baratta: “A relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal tornou-se, pelas razões aqui descritas, um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas

Vê-se, portanto, que o processo de expansão do Direito Penal é acompanhado pela expansão do Direito Administrativo Sancionador²⁵¹, de modo que o objetivo da administrativização do Direito Penal e da penalização do Direito Administrativo Sancionador é o mesmo: maior rigor na repreensão de condutas indesejadas e formas mais arrojadas de evitar a sua ocorrência no futuro²⁵², assim como previa Hassemer²⁵³.

Nesse aspecto, destaca Sirlene Nunes Arêdes que desde o final do século XIX e início do século XX, perdurou o debate quanto à autonomia do Direito Administrativo Sancionador (o qual foi inicialmente denominado Direito Penal Administrativo) em relação ao Direito Penal, de forma que tanto autores tradicionais quanto autores modernos defendem a inexistência de diferenças qualitativas entre infrações e sanções penais e administrativas²⁵⁴.

A mesma autora reconhece que a existência de diversos regimes jurídicos de imputação de responsabilidade não tem o condão de ofender à Constituição Federal, no entanto, essa diversidade não fundamenta a autonomia da instância administrativa em relação à penal, tendo em vista a natureza descritiva que assumem os critérios formais²⁵⁵.

Merece destaque o seguinte questionamento: verificando que existe um direito administrativo sancionador que se concretiza na atribuição da Administração, com o poder de impor e punir com pena o indivíduo que transgredir suas disposições, qual seria então a diferença – se é que ela existe – entre essa lei administrativa e o Direito Penal?²⁵⁶ Nesse aspecto,

criminais. Esta relação torna-se cada vez mais problemática e contraditória. As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições, que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível: pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito. Tendo em mente um modelo de direito penal racional, caracterizado por um equilíbrio satisfatório entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais, Hassemer analisou criticamente a atual tendência do desenvolvimento dos sistemas punitivos denunciando a perda desse equilíbrio. Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais". BARATTA, op. cit., p. 22.

²⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 263.

²⁵² FÉO, op. cit., p. 52.

²⁵³ "A característica clássica da reação penal, de ser distanciada e proporcionalmente uniforme, passa para o segundo plano. Em vez de chegar a uma resposta a um injusto e à compensação por meio da reação justa, leva agora à prevenção dos futuros injustos ou até mesmo ao vencimento de futuras desordens. Em outras palavras, de agora em diante, também no Direito Penal não se trata mais de dar uma resposta apropriada ao passado, mas da dominação do futuro." HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003, p. 61.

²⁵⁴ ARÊDES, op. cit., 2017, p. 438.

²⁵⁵ Ibidem, p. 439.

²⁵⁶ Trecho original: "[...] Pero volviendo al tema del presente trabajo, hemos visto que existe un derecho administrativo sancionador que se concreta en la atribución a la Administración de una potestad de imponer y castigar con penas al particular que transgrede sus disposiciones; entonces, nos preguntamos: cuál es la diferencia -si es que la hay- entre este derecho y el derecho penal? [...]" SORIA FERNÁNDEZ-

também se questiona se a determinação de crime ou ilícito administrativo seria apenas uma questão de conveniência e opção por parte do legislador?

É certo que hodiernamente ambas as searas perseguem um mesmo fim: castigar condutas reprováveis que causam um dano a uma ordem social estabelecida. Desse modo, pode-se afirmar que a diferença entre esses setores não é outra senão formal, diferenciando-se somente pelo órgão encarregado de sua aplicação: em um caso a Administração e em outro o Poder Judiciário, por meio de julgados e Tribunais²⁵⁷.

Tatiana Badaró²⁵⁸ sugere que o legislador é livre para decidir, em cada caso, entre proibir determinada conduta pela ameaça de pena ou de sanção administrativa e, diante disso, entende-se que não há diferença substancial, mas apenas normativa, entre ilícito penal e ilícito administrativo. No mesmo entendimento, Osório declara que “o Estado legislador por optar por uma ou outra política pública repressiva, com maior ou menor utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador”²⁵⁹, sendo da vontade legislativa a maior e mais autorizada fonte dos distintos regimes jurídicos.

Nesse mesmo seguimento, Nelson Hungria defende que “ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico” e que “não há o que se falar de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”²⁶⁰. Isso porque, a separação entre ambos atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço²⁶¹.

Mais além, Hungria assevera que “o ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo”²⁶².

Dessa maneira, Sirlene Arêdes sustenta que, independentemente da via em que o poder punitivo se manifesta, “não é limitado por critérios infralegais, mas por princípios

MAYORALAS, Pedro. Derecho administrativo sancionador y derecho penal: principios comunes. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 2, 28/48, p. 1985-1992, semana 9-15, nov./1987, p. 1986.

²⁵⁷ Ibidem, p. 1986.

²⁵⁸ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: *Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Organização de Luís Augusto Sanzo BRODT, Flávia SIQUEIRA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 80.

²⁵⁹ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 140.

²⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Seleção histórica. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 24.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Ibidem, p. 26.

constitucionais, e que as diferenças formais entre as instâncias apenas podem ser fixadas pelo Poder Legislativo se não ofenderem esses princípios”²⁶³.

Segundo a jurista, a Constituição Federal não atribui com exclusividade ao Judiciário a imposição de todas as sanções punitivas, de modo que o Congresso Nacional tem discricionariedade para atribuir o exercício dessa atividade tanto ao Poder Judiciário quanto ao Poder Legislativo, tendo como primeira restrição as condutas que a Carta Constitucional impôs ao uso da esfera penal (art. 5º, XLII²⁶⁴, XLIII²⁶⁵, XLIV²⁶⁶; art. 7º, X²⁶⁷; art. 29-A, § 2º²⁶⁸ e § 3º²⁶⁹; art. 225, § 3º²⁷⁰)²⁷¹.

Por conseguinte, também ressalta que a competência discricionária do Legislativo também é limitada em relação às sanções impostas na esfera administrativa, pois não se pode atribuir à Administração a competência para, nas relações gerais, impor privação de liberdade, dissolver associações ou suspender direitos políticos²⁷². Ainda, defende haver espaço de aplicação exclusiva do Direito Administrativo Sancionador, de acordo com a previsão do art. 98, inciso I, afirmando que a infração penal deve, obrigatoriamente, ostentar ofensividade, caso contrário, as condutas que não ofendem ou geram perigo concreto aos bens jurídicos devem ser punidas na via administrativa²⁷³.

Isto posto, ao consideramos e reconhecemos a inexistência de diferenças essenciais entre crime e ilícito administrativo e entre pena e sanção administrativa, podemos verificar ser

²⁶³ ARÊDES, op. cit., 2017, p. 467.

²⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

²⁶⁵ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

²⁶⁶ XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

²⁶⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

²⁶⁸ Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: § 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

²⁶⁹ § 3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

²⁷⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

²⁷¹ ARÊDES, op. cit., 2017, p. 468.

²⁷² Idem.

²⁷³ Ibidem, p. 469.

necessária a aplicação de princípios informadores do Direito Penal ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como a legalidade, a tipicidade, a presunção de inocência, a licitude das provas, a individualização da pena etc²⁷⁴.

Por fim, no mesmo sentido dos preceitos traçados por Hungria, Arêdes fomenta o argumento de que “o poder punitivo é um só e encontra-se submetido a princípios constitucionais em relação aos quais não há diversidade no regime jurídico nas variadas instâncias em que é exercido”²⁷⁵.

À vista dessas reflexões, defende-se que o Direito Administrativo Sancionador deve estar sujeito aos mesmos princípios valorativos e interpretativos que residem no Direito Penal, de modo que, na garantia do interesse público, do administrado e do funcionário, ambos os Direitos, apesar de suas distinções, se subordinam a critérios técnico-jurídicos comuns e unitários²⁷⁶.

Independentemente dos problemas aqui pontuados, é certo que há um denominador comum que os guia: a falta de técnica e racionalidade nos procedimentos legislativos, a qual proporciona uma desarmonização no sistema de normas, especialmente quando em razão de uma mesma conduta, há a incidência tanto do Direito Penal quanto do Direito Administrativo Sancionador, e é a partir desta controvérsia que se justifica a elaboração desta pesquisa. Antes de adentrar na temática principal, também se mostra plausível diferenciar ilícitos penais e administrativos, bem como analisar a LIA, que é regida pelo processo civil e aplicada pelo Poder Judiciário, mas nela incidem os princípios administrativos sancionadores.

2.4 A relação entre ilícitos penais e administrativos e suas respectivas sanções

Diante da apontada intersecção entre as esferas o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, faz-se necessário traçar distinção entre a estrutura dos ilícitos penais e dos ilícitos administrativos, bem como suas respectivas sanções, para que

²⁷⁴ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: *Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Organização de Luís Augusto Sanzo BRODT, Flávia SIQUEIRA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 82.

²⁷⁵ ARÊDES, op. cit., 2017, p. 471.

²⁷⁶ Trecho original: “[...] El derecho sancionador y disciplinario administrativo que regula en definitiva la potestad punitiva del Estado, o del resto de los Entes Públicos, debe estar sujeto a los mismos principios valorativos e interpretativos que presiden el Derecho Penal, de modo que en garantía del interés público, del administrado y funcionario, ambos Derechos a pesar de sus matices se supeditan a unos criterios técnico-jurídicos comunes y unitarios [...]”. SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS, op. cit., p. 1992.

posteriormente seja viável a análise da sobreposição sancionatória identificada como problema central deste trabalho.

2.4.1 Ilícitos penais e ilícitos administrativos

No que toca às respectivas estruturas, Helena Regina Lobo da Costa²⁷⁷ adota a concepção de que ilícito administrativo e ilícito penal configuram conceitos normativos, não fazendo sentido buscar diferenças ontológicas entre eles, mas somente normativas, pois só se pode diferenciar os ilícitos por meio dos requisitos impostos ao legislador para suas criações e pela estrutura jurídica na qual se inserem, dependendo do atendimento a princípios e regras, da valoração sobre a realidade, bem como um juízo de eficiência, conveniência e proporcionalidade²⁷⁸. Infere-se, portanto, que alguns autores defendem que o ilícito penal e a infração administrativa são, em sua essência, equivalentes, ou seja, possuem a mesma qualidade²⁷⁹.

Acerca dos requisitos para a criminalização de condutas, defende que o legislador deve se submeter aos parâmetros de dignidade penal, ou seja, de justiça e adequação aos fins, que congregam institutos discutidos na doutrina penal, como “a observância da afetação do bem jurídico-penal como um limite à sua atividade; o respeito aos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, bem como as regras de proporcionalidade e legalidade”²⁸⁰, entre outros. Ou seja, a escolha do setor diz respeito à política criminal feitas pelo legislador.

De forma igualmente incisiva, Miguel Reale Júnior²⁸¹ entende haver um *jus puniendi* do Estado que se expressa pela via penal ou administrativa, na medida em que ambos os caminhos são submetidos aos mesmos princípios de proteção do sujeito sancionado, normas essas comuns, estabelecidas no capítulo das garantias individuais da nossa Constituição Federal.

Segundo o autor, há um *jus puniendi geral*, que “se aplica a um regime jurídico do Estado punitivo consoante com o Estado de Direito, independentemente da adoção da teoria de diferenciação qualitativa ou quantitativa entre ilícito penal e administrativo”²⁸², e, a partir disso,

²⁷⁷ COSTA, op. cit., 2013, p. 145.

²⁷⁸ COSTA, op. cit., 2009, p. 566.

²⁷⁹ FÉO, op. cit., p. 65.

²⁸⁰ COSTA, op. cit., 2013, p. 146.

²⁸¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

²⁸² REALE JÚNIOR, op. cit., 2007, p. 93.

se trataria de diferença apenas normativa entre os dois tipos de ilícito, o que “torna ainda mais patente a aplicação ao campo do ilícito administrativo dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo”²⁸³.

Sustenta que “a escolha na formulação de uma política legislativa deve seguir a busca de maior ou menor adequação da prevenção e repressão da ação ilícita pela via penal ou administrativa, sem esquecer dos limites negativos do direito penal”, sem que se esqueça daqueles limites negativos do Direito Penal, que é quando a proteção de determinados bens jurídicos não podem deixar de englobar esse âmbito, como é o caso da vida, da liberdade sexual, da integridade física, da saúde pública.

No que diz respeito à criação de ilícitos administrativos, ainda que sejam menos restritos, “não pode o legislador atuar sem amarras”, uma vez que devem-se respeitar, no mínimo, “os espaços de exercício do núcleo de direitos fundamentais, a legalidade e a proporcionalidade”²⁸⁴. Aliás, Reale Júnior concebe a ideia de que no campo do ilícito administrativo, devem ser respeitadas as garantias e princípios gerais consagrados pelo Direito Penal²⁸⁵.

É nesse sentido que Keity Saboya sustenta que o ilícito administrativo é formado por fatos ofensivos a bens jurídicos, sendo, a princípio, impossível distinguir, em razão da natureza do interesse tutelado, o injusto penal do injusto administrativo, ao passo que deve haver a eleição de uma ou outra esfera sancionadora como fruto de opção político-legislativa, considerando qual instrumento de proteção seria mais pertinente em cada caso e momento concreto²⁸⁶.

Por seu turno, Sandro Dezan²⁸⁷, ao tratar da distinção entre os ilícitos administrativo e penal dentro do campo do direito público sancionador, afirma que a natureza do bem jurídico e o seu escopo de proteção são apontados como os principais elementos para identificar a peculiaridade inerente a cada um. Portanto, levando em consideração as espécies do gênero ilícito e o bem jurídico tutelado pela norma, conclui-se que “o ilícito administrativo atinge o Estado internamente ao passo que o ilícito penal (crimes e contravenções penais) atinge o Estado por meio de ofensa a toda a sociedade”²⁸⁸.

²⁸³ REALE JÚNIOR, op. cit., 2007, p. 93.

²⁸⁴ COSTA, op. cit., 2013, p. 146.

²⁸⁵ REALE JÚNIOR, op. cit., 2007, p. 96.

²⁸⁶ SABOYA, Keity. Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 134.

²⁸⁷ DEZAN, op. cit., p. 23.

²⁸⁸ Idem.

Conclui que “não há distinção ontológica entre os ilícitos existentes nos diversos ramos do direito público sancionador”²⁸⁹, ressaltando a semelhança entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que se caracteriza como fato típico, antijurídico e culpável e, à vista disso, ambos os ilícitos seriam “compostos de elementos postos em camadas sucessivas, das mais subjacentes às mais profundas, do ponto de vista da análise hermenêutica da subjetividade consciencial para a prática da conduta, pressupostos da constatação da ocorrência do ilícito”²⁹⁰. Tal argumento também é corroborado por Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁹¹.

Portanto, pouco importa a via escolhida pelo legislador para a elaboração da norma que pretende tutelar, desde que seja observado o meio de maior eficácia para o fim de proteção social, observando-se os princípios básicos de proteção dos indivíduos perante o poder punitivo estatal, de maneira proporcional, a partir da constatação de que ele é único e deve contar com aplicação geral no âmbito repressivo, independentemente do meio elegido.

Por efeito disso, impõe-se análise das características inerentes às duas modalidades de ilícitos, haja vista a sua correspondência, que ocasiona notório excesso quando duplamente aplicados.

2.4.2 Sanções penais e sanções administrativas

Sendo certo que “uma conduta humana passa a ser chamada de ‘ilícita’ quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem”²⁹², necessário formular análise da distinção – ou não – entre sanções penais e de administrativas sancionadoras quando aplicadas.

Em primeiro lugar, cumpre indicar que há uma indefinição dentro do próprio Direito Administrativo acerca de quais seriam os elementos capazes de diferenciar as consequências jurídicas (sanções) que compõem o Direito Administrativo Sancionador das sanções penais, e mesmo de outras medidas administrativas, como o poder de polícia, medidas de ressarcimento ao erário, sanções contratuais, medidas de responsabilidade fiscal etc²⁹³.

²⁸⁹ Ibidem, p. 26.

²⁹⁰ DEZAN, op. cit., p. 26.

²⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 7.

²⁹² BATISTA, op. cit., p. 41.

²⁹³ OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 111.

Já sobre a estrutura na qual se inserem, é possível notar algumas diferenças com relação à aplicação da sanção: os ilícitos penais e a aplicação de pena são trabalhados pelos órgãos do sistema penal (polícia, Poder Judiciário, Ministério Público e sistema prisional) e os ilícitos administrativos são tratados perante órgãos da Administração Pública, ficando sujeitos ao controle jurisdicional²⁹⁴.

Preliminarmente, conforme Osório, “o elemento formal da sanção administrativa é o processo, judicial ou administrativo, extrapenal”²⁹⁵, ao passo que “o elemento formal das sanções penais é o processo penal, embora ambos se projetem, eventualmente, debaixo de normas muito similares, reconduzíveis ao chamado Direito Processual Público”²⁹⁶. Ainda que ambos os veículos processuais sejam distintos em suas origens teóricas e institucionais, tendem a se aproximar de modo progressivo e intenso²⁹⁷.

Para ele, a sanção administrativa *lato sensu*:

resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada, inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo, no que se encontram, em termos nucleares, este ramo jurídico e o Direito Penal, ambos com idênticas finalidades em sentido amplo²⁹⁸.

Em resumo, a sanção administrativa é uma prática repressiva realizada pela Administração Pública em resposta a uma infração ou ilícito administrativo.

De outro modo, a pena privativa de liberdade é considerada a espinha dorsal do sistema penal, existente nas formas de reclusão e de detenção²⁹⁹. No que toca à sanção penal, mais precisamente a pena, esta “somente poderá se voltar à integração de valores absolutamente fundamentais, já consolidados socialmente e que se refiram às condições essenciais mínimas de desenvolvimento da personalidade dos sujeitos”³⁰⁰ e, por essa razão, a prevenção geral

²⁹⁴ COSTA, op. cit., 2013, p. 146.

²⁹⁵ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 138.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ Ibidem, p. 142.

²⁹⁹ A diferença principal entre reclusão e detenção refere-se aos regimes de execução: a pena de *reclusão*, cominada em crimes mais graves, é executada nos regimes fechado, semiaberto e aberto; a pena de *detenção*, cominada em crimes menos graves, é executada nos regimes semiaberto e aberto – o regime fechado é exceção determinada pela necessidade (art. 33, *caput*, CP). SANTOS, op. cit., 2020, *e-Book*, p. 485.

³⁰⁰ COSTA, op. cit., 2013, p. 156.

positiva³⁰¹ que pode ser alcançada por esta via é menos abrangente quando comparada a outros meios de controle social³⁰².

A tese unitária – a qual será adotada para fins do presente trabalho –, segundo a qual não existiria qualquer diferença entre delito e sanção administrativa, trata-se exclusivamente de uma diferença normativa e, por consequência, não haveria distinção ontológica entre as diversas espécies de ilícitos, uma vez que:

todas as infrações, sejam elas previstas em direito penal, ou em direito sancionador econômico ou financeiro, ou, ainda, em direito tributário e administrativo, compreendem a desobediência a uma norma estampada em texto de lei que obriga ou que proíbe determinada conduta³⁰³.

Por sua vez, Nelson Hungria reconhece que “se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal”³⁰⁴, de sorte que há também uma fundamental identidade entre ambos, visto que pena é, “de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito”³⁰⁵. Outrossim, para o jurista, seria esforço em vão procurar distinguir a multa administrativa e a multa pena, além do que, há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece, mas nem por isso deixam de ser penas³⁰⁶.

Consequentemente, a única solução lógica está em fixar-se a premissa de que ilicitude e penas administrativas e ilicitude e penas criminais são análogas, não passando a separação entre o poder penal administrativo e o poder penal comum de um critério meramente oportunístico ou político. Assim, quando as duas sanções – a penal disciplinar e a penal comum – forem cominadas para o mesmo fato, não padece dúvida a necessidade de coordenação entre os dois poderes, para evitar-se o *bis in idem* ou a contradição de pronunciamentos sobre matéria substancialmente idêntica, dando-se prevalência ao poder judicial penal (...) ³⁰⁷.

Emerson Garcia também formula análise sob o prisma ôntico, asseverando inexistir distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do Direito, independentemente de

³⁰¹ A pena assume “uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”. Assim, a teoria da prevenção geral positiva propugna três efeitos distintos: que podem aparecer interrelacionados: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*: arts. 1º a 120. v.1, 27. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva Educação 2021, p. 75.

³⁰² COSTA, op. cit., 2013, p. 156.

³⁰³ DEZAN, op. cit., p. 37.

³⁰⁴ HUNGRIA, op. cit., 1991, p. 27.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ Ibidem, p. 30-31.

terem natureza penal, civil, política ou administrativa, “pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais”³⁰⁸. Completa que sob o aspecto axiológico, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse violado, distinguindo-se consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação.

Diante disso, verifica-se que para além da proximidade entre os ilícitos penais e administrativos, que são considerados braços de um mesmo poder punitivo, suas respectivas sanções também são semelhantes. A questão fica ainda mais evidente quando verificada a sobreposição de normas com relação à prática de apenas um ato ilícito, em que pode haver a incidência de duas (ou mais) sanções, devendo ser traçado um caminho capaz de minorar os danos e violações que possam ser eventualmente causadas.

2.5 A Lei de Improbidade Administrativa, sua natureza e a correlação com a esfera penal

2.5.1 Breves notas sobre a improbidade administrativa e a Lei nº 8.429/94

Surgida em decorrência do previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em Lei [...]”, a LIA proclama uma nova vontade político-social, cujo preceito principal é o melhor gerenciamento da máquina estatal e da coisa pública, criando um sistema punitivo próprio, que objetiva reprimir atos de corrupção e enriquecimento ilícito no âmbito da Administração Pública.

Sob essa vertente, Eduardo Cambi e Luís Gustavo Patuzzi defendem que a Administração Pública não age apenas de acordo com a lei, mas subordina-se aos princípios e ao que pode se chamar de bloco de legalidade, devendo observância à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade e à proporcionalidade e, nessa medida, a improbidade administrativa se qualifica pela finalidade do ato, desviado do

³⁰⁸ GARCIA, Emerson. A lei de improbidade e a dosimetria de suas sanções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 29-63, jan./fev.. 2006, p. 34.

interesse público, que é indisponível, diferentemente do Direito Privado, em que os negócios são realizados em grande parte segundo a vontade do agente³⁰⁹.

Por conseguinte, é certo que tanto o funcionamento do Estado quanto da Administração Pública “depende, para além de regras e princípios, de conjunto de normas que trate da constituição de mecanismos de responsabilização a alcançar os vinculados – pessoas físicas e jurídicas – à máquina administrativas mais diferentes maneiras”³¹⁰. Esse conjunto de normas é a LIA, que visa estabelecer deveres de ressarcimento em caso de dano ao erário, bem como estipular punições aos que praticarem atos em desconformidade com seus preceitos.

Sua existência tem respaldo no reconhecimento da necessidade de punição àqueles que se desviam de deveres éticos de comportamento decorrentes do próprio pacto civilizatório, na medida em que a punição estatal diz respeito a ferramenta destinada à proteção de bens jurídicos³¹¹. Nessa vertente, “a improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada, é a infração a um dever de probidade na gestão dos órgãos e da coisa pública”³¹².

Vislumbrando os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, tem-se que são autônomos, ou seja, “um agente pode praticar ato de acordo com a lei e, ao mesmo tempo, afrontoso à moralidade administrativa”³¹³ e, igualmente, “pode agir com ilegalidade, mas com moralidade”³¹⁴, razão pela qual os princípios são independentes, ainda que possa existir harmonia e paralelismo na aplicação e ambos em um caso concreto³¹⁵.

Conforme a doutrina, “o vocábulo ‘probidade’, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade”, de maneira que “improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade”³¹⁶.

³⁰⁹ E complementam dizendo que: “É absolutamente impossível analisar improbidade administrativa desvinculada da tutela do patrimônio público e de seu duplo conteúdo, não só material, mas também incorpóreo, por incluir valores morais exigíveis de seus administradores. A apreciação da legalidade do ato comissivo ou omissivo do administrador deve também se valer da ética, da moral e do direito, uma vez que a moralidade administrativa é direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIII, da CF) e dever da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF). É incontroverso que a Administração não deve observar apenas a lei, porém igualmente subordina-se aos princípios e ao que se pode chamar de bloco da legalidade, atentando-se para a moralidade administrativa, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e boa fé, não se justificando o desvio, o excesso, o arbítrio e motivações outras”. CAMBI, Eduardo; BERTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi. A superação da míope interpretação da indisponibilidade do patrimônio: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 2, p. 187-215, mai.-ago. 2021, p. 189-195.

³¹⁰ ALAN, op. cit., *e-Book*, p. 19.

³¹¹ Idem.

³¹² OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 209.

³¹³ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 141.

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ NEVES; OLIVEIRA, op. cit., 2022, p. 4.

A partir da interpretação dos atos ilícitos previstos na LIA, é possível notar que várias ações se amoldam ao conceito de práticas corruptas. À vista disso, para atos considerados corruptos que violam os princípios da Administração Pública, primeiramente subsiste a responsabilidade penal, que é o sistema sancionatório tradicional correspondente à previsão de figuras típico-penais, cominando sanções corporais a serem aplicadas aos incursos³¹⁷.

O segundo espaço para essa responsabilização é o do Direito Administrativo Sancionador, em que “são aplicadas também sanções e outras respostas estatais aos agentes que praticarem ilícitos previstos no ordenamento jurídico não penal”³¹⁸. No Brasil, essa atuação pode se dar por meio da LIA e/ou de procedimento administrativo disciplinar previstos em lei relativos à atuação daquele indivíduo que sofrer a imputação.

Já o terceiro é o mecanismo tradicional da responsabilidade civil, correspondendo à estrutura normativa destinada a estabelecer a responsabilidade nos casos em que um indivíduo infligiu dano à administração pública ou em que a administração pública causou prejuízo a um particular por meio de atuação dolosa ou culposa de um de seus agentes³¹⁹. Muitas vezes, esses três mecanismos podem ter atuação cumulativa, vindo um agente a responder nesses três âmbitos concomitantemente e pelo mesmo fato.

Além dessas três modalidades normativas de responsabilização, José Alexandre Zachia Alan aduz que os Estados passaram a se valer de sistemas híbridos e intermediários para estabelecer mecanismos e atender suas realidades particulares, destacando o sistema de contraordenações, que é o sistema sancionatório, mais próximo do Direito Penal do que do Direito Administrativo.

Especificamente quanto ao enquadramento da conduta no tipo sancionador específico da improbidade, Cambi e Bertioncello adotam o pressuposto de que não basta para configurar a improbidade que o comportamento que agrida a Administração Pública com desonestidade, indecência, má fé, imoralidade, ilegalidade, ilicitude. Também advogam que a ilegalidade não é suficiente para que a conduta possa ser considerada ímproba, uma vez que é necessário que a conduta ilícita praticada pelo agente público “seja típica e que, além disso, tenha traços de imoralidade administrativa, ou seja, que no *animus* do agente haja desonestidade, má fé, ou até culpa grave quando no trato da coisa pública”³²⁰.

³¹⁷ ALAN, op. cit., *e-Book*, p. 20.

³¹⁸ ALAN, op. cit., *e-Book*, p. 21.

³¹⁹ Ibidem, p. 22.

³²⁰ CAMBI; BERTONCELLO, op. cit., p. 203.

Partindo do mesmo pressuposto, Aloísio Zimmer Júnior ressalta que para agir com improbidade é necessário não só que o agente atue com afronta à moralidade administrativa, mas que no exercício de suas atividades, pratique conduta que se amolde aos tipos legais previstos na LIA³²¹.

Outrossim, inexistente ato de improbidade sem a participação efetiva de agente público, que figura como sujeito ativo próprio dessa espécie de ilícito³²². Ainda que agentes privados possam eventualmente ser atingidos pela lei, estes figuram como coadjuvantes do ato ímprobo, portanto, os mecanismos processuais devem ser objetivamente instaurados em desfavor de pessoas certas e determinadas, contendo como investigado ou processado, ao menos um agente público³²³.

Diante disso, exige-se especial atenção e cuidado por parte do legislador, quanto aos aspectos fáticos dos ilícitos administrativos ali elencados, “para se evitar que a extensão conceitual daquelas figuras termine por ampliar indevidamente os seus contornos”³²⁴.

De qualquer forma, trata-se a LIA de importante mecanismo extrapenal de repressão de condutas que geram o descrédito das instituições públicas, mas que visa tutelar práticas idênticas também abarcadas pelo delito de corrupção previsto no Código Penal, ocasionando assim, uma pluri-incidência normativa, com alta carga sancionadora e atuação independente entre as esferas de investigação, processamento e punição. Para melhor compreensão desses fatores, é necessário abordar modificações legislativas recentes e o Direito Administrativo Sancionador como setor do ordenamento jurídico que incorpora a LIA.

2.5.2 As modificações trazidas pela Lei nº 14.230/21 e o atual regramento da Lei de Improbidade Administrativa

Merece destaque no presente trabalho a alteração legislativa produzida pela Lei nº 14.230/21, que previa desde a justificativa do seu projeto de lei que o regramento anterior “carecia de previsão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais”³²⁵.

³²¹ ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 142.

³²² CAMBI; BERTONCELLO, op. cit., p. 207.

³²³ CAMBI; BERTONCELLO, op. cit., p. 207.

³²⁴ MAIA FILHO; MAIA, op. cit., p. 135.

³²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.887/2018*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://bit.ly/2HcAwfq>. Acesso em: 27 jun. 2022.

A doutrina já tratava da banalização de ações por ato de improbidade administrativa e a precariedade das assessorias jurídicas em órgãos públicos de pequenos municípios, fatores que tornam ainda mais severa a análise sobre como se configura o ato ímprobo, devendo se buscar uma interpretação restritiva para o significado dos conceitos jurídicos indeterminados que integram a legislação de referência³²⁶.

No caso da LIA, a apuração dos atos nela previstos se dá com base em dois procedimentos: o inquérito civil e a ação civil pública, admitindo-se, a partir da Lei nº 13.964/19, a possibilidade de realização do intitulado acordo de não persecução cível³²⁷ (art. 17-B³²⁸), que se trata de transação que pode ser realizada com o Ministério Público, quando preenchidos os requisitos.

Sobre a legitimidade ativa, o art. 17, *caput*, prevê que a ação para aplicação das sanções previstas na LIA será proposta exclusivamente pelo Ministério Público, devendo seguir o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil. Na redação anterior, era possível que a pessoa jurídica interessada figurasse no polo ativo.

Requer atenção a exigência de dolo específico por parte dos agentes públicos atingidos pela lei, que trouxe maior objetividade e assertividade para sua interpretação e aplicação. Em sua redação originária, a LIA exigia o dolo para caracterização do ato de improbidade administrativa, salvo na hipótese do ato de improbidade por lesão ao erário, prevista no art. 10, que permitia a modalidade culposa³²⁹. A partir da nova lei, o seu art. 1º, § 1º, passou a prever que a conduta típica praticada pelo agente público ou por terceiro deve ser obrigatoriamente

³²⁶ CAMBI; BERTONCELLO, op. cit., p. 201.

³²⁷ Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. *Portal Migalhas*. 10 de março de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3OLQJrY>. Acesso em: 27 jun. 2022.

³²⁸ Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. § 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

³²⁹ Como justificativa para a abolição da modalidade culposa, assim previu o PL 10887/2018: “Bastante significativa é a supressão do ato de improbidade praticado mediante culpa. De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados”.

dolosa, inexistindo, portanto, a modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja “grave” ou o erro seja “grosseiro”³³⁰.

Para Adriana Rizotto, a exclusão da modalidade culposa anteriormente prevista serve para evitar a banalização da improbidade e evitar a denominada “Administração Pública do medo”, caracterizada pela “paralisia administrativa causada por comportamentos conservadores, formalistas e refratários a inovação que se verificam quando o gestor público teme ser enquadrado como ímprobo em razão de sua incompetência profissional”³³¹. Segundo ela, a menor reprovação social das condutas culposas não constitui retrocesso e nem proteção deficiente ao valor constitucional da probidade.

Na linha do que já vinha sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a lei agora prevê que o nepotismo consiste ato de improbidade administrativa (art. 11, inciso XI³³²), o que certamente surge como uma forma de combater as heranças do patrimonialismo na sociedade brasileira.

O regramento estabelece como sanções (independente das sanções penais, civis e administrativas previstas em outros diplomas, questão que será abordada no próximo tópico) as seguintes modalidades: i) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ii) perda da função pública; iii) suspensão dos direitos políticos; iv) pagamento de multa civil; v) ressarcimento integral do dano; vi) proibição de contratar com o poder público; vii) proibição receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A respeito da quantidade de sanção a ser aplicada, o art. 12 não prevê o alcance de cada uma delas, isto é, “não há descrição de qual função o agente deverá perder ou qual a extensão territorial para o agente (ou terceiro) ser impedido de contratar, por exemplo”³³³, assim, também não há descrição de quando um tipo de sanção deve incidir e quando não deve, guiando a um amplo espaço de discricionariedade para julgador decidir quais serão aplicadas, tendo em vista

³³⁰ NEVES; OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

³³¹ RIZOTTO, Adriana. A nova Lei de Improbidade Administrativa e o elemento subjetivo do agente. *Revista Consultor Jurídico*. 08 de junho de 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3OK9Oeh>. Acesso em: 27 jun. 2022.

³³² Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

³³³ KANAYAMA, Rodrigo Luíz; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A interpretação da Lei de Improbidade Administrativa entre o interesse público e os direitos individuais de defesa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 245-273, set./dez. 2020, p. 258.

o espaço hermenêutico aberto e permissivo dentre várias alternativas previstas no regramento da LIA.

É possível a unificação de sanções – mediante requerimento do réu – impostas em diferentes processos de improbidade administrativa, quando for verificada a continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, desse modo, no primeiro caso, o magistrado promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, a depender do que for mais benéfico ao réu, e no segundo caso o juiz somará as sanções³³⁴.

Ademais, o seu art. 17-C, em seu inciso V, passou a prever que a sentença proferida no âmbito da LIA deverá, além de observar o disposto no art. 489 do CPC, “considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente”, transcrevendo o que já estava previsto no art. 22, § 3º, da LINDB³³⁵.

Outro ponto relevante e amplamente discutido diz respeito à retroatividade da LIA, que vem sendo reiteradamente aplicada pelos Tribunais³³⁶, para o fim de reconhecer atipicidade da conduta (p. ex. nos casos em que a modalidade culposa não é mais prevista) ou aplicar a prescrição da pretensão sancionadora³³⁷, aplicando-se o princípio da retroatividade benéfica (art. 5º, XL, CF), assim como já reconhecido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça antes mesmo do advento da Lei nº 14.230/21³³⁸.

³³⁴ AMORIM; OLIVEIRA, op. cit., p. 119.

³³⁵ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

³³⁶ (REsp 1353267/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 25/03/2021); (TRF-3 – Apelação Cível: 50005477920184036118 SP, Relator: Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, Data de Julgamento: 17/12/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: 14/01/2022); (TRF 5ª Região; Apelação Cível 08000946920174058203 RN; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima; Data de Julgamento: 14/12/2021).

³³⁷ Conforme Fábio Medina Osório, a prescrição da pretensão sancionadora do Estado por atos de improbidade administrativa passou a ser regrada de forma diversa, além de ter sido instituída a hipótese de prescrição intercorrente, nos termos do art. 23. Para ele, “tratando-se a prescrição da pretensão sancionatória matéria de direito material e de ordem pública, como, aliás, a própria norma prevê ao dizer em seu §8º do artigo 23 que deve ser conhecida e decretada até mesmo de ofício, impõe-se reconhecer tratar-se de norma posterior mais benigna, que deve retroagir”. Nesse aspecto, a partir do art. 5º, XL, CF, devem-se observar as garantias penais por simetria. E conclui: “Assim como no âmbito penal, a prescrição da pretensão sancionatória no Direito Administrativo Sancionador atinge o direito de punir do Estado, sendo, por isso, causa de extinção da punibilidade, daí porque lei que regule os prazos prescricionais deve retroagir quando mais benigna, nos termos do comando constitucional”. OSÓRIO, Fábio Medina. A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa: efeitos retroativos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3boIKml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

³³⁸ (STJ - RMS: 37031 SP 2012/0016741-5, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 08/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2018)

Sobre a retroatividade, defende-se que “a lógica subjacente a tal raciocínio é a mesma aplicável aos casos de *abolitio criminis* em seara penal, quando mesmo a coisa julgada é relativizada para alcançar aqueles condenados por condutas que, hoje, são atípicas”³³⁹.

Em um contexto geral e sistemático, é plausível asseverar que o objetivo da nova lei foi trazer maior segurança jurídica aos agentes que nela incorrem, tendo em vista a trivialização das demandas em que supostamente havia a prática de ato de improbidade administrativa, o que certamente foi ocasionado pela existência de dispositivos mais abertos e que conduziam a uma interpretação muito mais extensiva. Em que pese ainda se tenham divergências sobre sua aplicação, é certo que a mudança foi positiva e conduziu uma distância satisfatória do arbítrio anteriormente apontado.

2.5.3 A Lei de Improbidade Administrativa no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e as sanções de caráter penal nela previstas

Outra modificação extraída da Lei nº 14.230/21 diz respeito ao § 4º do art. 1º da LIA, que passou a afirmar que “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

Diante disso, nota-se que a sanção para punir ilícitos administrativos não necessariamente precisa ser aplicada pela Administração Pública (como é sustentado pela concepção clássica), podendo também ser aplicada pelo Poder Judiciário. Ou seja, a improbidade é uma espécie de ilícito administrativo, uma vez que atinge a integridade da Administração, seu sancionamento tem natureza – em tese – administrativa e é feito em processo judicial, ou seja, figura como “um ‘meio termo’ entre o ilícito penal e o civil”³⁴⁰.

Antes mesmo do advento da novel legislação, Fabio Medina Osório já destacava que alguns autores confundiam a natureza da LIA como sendo cível, quando em realidade é de direito administrativo sancionador³⁴¹. Ana Carolina Carlos de Oliveira pressupõe que os paralelos encontrados entre as infrações previstas na LIA e o CP, precisamente no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, bem como as escalas de sanções previstas pelos

³³⁹ FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3u1ZbM8>. Acesso em: 27 jun. 2022.

³⁴⁰ KANAYAMA, Rodrigo Luíz; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A interpretação da Lei de Improbidade Administrativa entre o interesse público e os direitos individuais de defesa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 245-273, set./dez. 2020, p. 256.

³⁴¹ OSÓRIO, op. cit., 2020.

institutos penal e administrativo, em muito se aproximam com o Direito de Intervenção de Hassemer³⁴².

Nesse aspecto, a falta de coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador instaura um cenário de sobreposição de sanções, nas quais, não raras vezes, verifica-se a existência de um cenário em que a sanção administrativa é mais acentuada que a penal³⁴³, e é exatamente o que se verifica nas sanções impostas por quem incorre nas disposições da LIA, não se podendo olvidar da problemática já denunciada relativa à ausência de estruturação de um sistema completo de garantias do Direito Administrativo Sancionador.

Guardia constata que “as sanções relacionadas aos atos de improbidade administrativa têm carga intimidatória frequentemente superior ao próprio ilícito penal, embora não possuam natureza formalmente penal”³⁴⁴, concluindo que as infrações reguladas pela LIA impõem, essencialmente, os mesmos ônus e o mesmo constrangimento das sanções penais³⁴⁵. Isso porque, praticar um crime contra a administrativo, a depender do *quantum* imposto na sentença condenatória, poderá ter pena mais branda que a sanção administrativa³⁴⁶, o que também é corroborado por Ana Carolina Carlos de Oliveira³⁴⁷, que aduz que “a severidade das previsões da Lei de Improbidade Administrativa é tamanha que enseja, inclusive, a contestação dogmática acerca de sua natureza – penal ou administrativa”³⁴⁸.

Além das efetivas sanções impostas pela lei, sua similaridade com a seara penal se dá em razão da utilização do conceito “pena”, por duas vezes, os quais estão previstos no Capítulo III “Das Penas”, e no Capítulo VI “Das Disposições Penais”. Ao se considerar que as penas impostas pela LIA atingem direitos fundamentais da pessoa humana, como direitos políticos, liberdade contratual, propriedade, honra, defende-se que esta aproximação deve ser tutelada em consonância com as formalidades e garantias penais.

Por essas razões, confirma-se a tese já levantada de que, muito embora a LIA tenha natureza extrapenal, a aplicação das sanções nela cominadas devem ser direcionadas pelos

³⁴² OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 209.

³⁴³ GUARDIA, op. cit., p. 780.

³⁴⁴ GUARDIA, op. cit., p. 786.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Para exemplificar, o autor menciona que: “Enquanto ao delito de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal, vem cominada pena que varia de três meses a um ano de detenção, ressalvada a possibilidade de transação penal, segundo a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, as sanções administrativas previstas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, incluem a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa de até cem vezes o valor da remuneração do funcionário e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais. Conforme o art. 17, § 1º, da Lei de 1992, inviável a transação penal ou a conciliação, em razão do interesse público em questão”. Idem.

³⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 228.

³⁴⁸ Ibidem, p. 209.

princípios básicos norteadores do Direito Penal, que sempre terá o papel de assumir uma postura “subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão”³⁴⁹.

Ainda que o art. 12 da LIA preveja a independência das esferas cível, administrativas e penais³⁵⁰ e a nova modificação tenha aplicado uma modalidade de “abatimento” das sanções, é certo que suas sanções possuem severidade compatível com as de natureza penal, “com impacto equivalente e potencialmente criador de consequências morais e patrimoniais lesivas à saúde física e mental do imputado”³⁵¹.

É correto dizer que a crescente imposição de sanções administrativas aponta para a imprescindibilidade de um aperfeiçoamento do Direito Administrativo Sancionador como instância punitiva autônoma, dotada de estrutura própria e com observância a princípios constitucionais básicos ao acusado em geral, pois inegável sua proximidade com o Direito Penal.

No próximo capítulo, será analisada a sobreposição de normas a partir da prática de um ato ilícito em que há incidência tanto do Código Penal quanto da LIA, bem como as possíveis repercussões advindas desse disfuncional sistema de normas que vem sendo denunciado.

³⁴⁹ GARCIA, op. cit., 2006, p. 37.

³⁵⁰ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]

³⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, e-Book, p. 345.

3 A MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA DECORRENTE DA PLURI-INCIDÊNCIA NORMATIVA E O DOGMA DE INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Levando em conta o contexto jurídico brasileiro, viu-se que o Estado impõe dois ou mais castigos com a mesma destinação, elegendo mais de uma via no âmbito de seu poder punitivo para proibir uma mesma conduta, ao passo que o indivíduo a se defronta com duas cabeças do mesmo Estado, assim como na analogia da Hidra de Lerna feita por Estellita, Teixeira e Cavalli³⁵².

O princípio do *ne bis in idem*, entendido como garantia fundamental do indivíduo a não ser processado e punido duas vezes em razão do mesmo fato, e que, embora não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal, adquire *status* de norma constitucional em razão de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, possui diversas facetas que se relacionam com a intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, notadamente o seu caráter transversal.

Além disso, o princípio é essencial para a efetivação do devido processo legal e na materialização da coisa julgada formal e material, de modo que a sua observância confere segurança jurídica e resulta na limitação da atuação punitiva estatal.

A proibição ao *bis in idem* ganha força quando atrelada à teoria da unicidade do poder punitivo do Estado, que preceitua que estamos diante de um único direito, dividido por segmentos que são interdependentes, inexistindo critérios materiais que justifiquem o dogma da independência das instâncias, consagrada por parte da doutrina e pela esmagadora jurisprudência.

É manifesto que cada lei estabelece o seu regime sancionatório próprio, o que dificulta a realização de uma aplicação uniforme e proporcional, no entanto, é necessário o estabelecimento de critérios dogmáticos e análise precisa acerca da complexidade que envolve a relação entre a jurisdição penal e a administrativa sancionadora.

Portanto, pretende-se neste capítulo fomentar a discussão acerca da existência do *bis in idem* no tocante à multiplicidade de procedimentos e sanções aplicadas em decorrência de um único ato de corrupção, notadamente nas esferas cível e penal, diante da teoria da unicidade do poder punitivo, do teor da Constituição Federal, do dogma da independência das instâncias e da proporcionalidade na atribuição de sanções.

³⁵² TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://bit.ly/2n0MfmE>. Acesso em: 20 jun. 2022.

3.1 O princípio do *ne bis in idem* e suas facetas fundamentais

3.1.1 Aspectos gerais relativos à proibição da dupla persecução e duplo sancionamento enquanto direito fundamental

O *ne bis in idem* ou *non bis in idem*³⁵³ diz respeito a garantia que visa impor freios ao abuso do poder punitivo do Estado, correspondendo a um “princípio geral de direito, elevado, hodiernamente, a direito fundamental³⁵⁴, do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos”³⁵⁵, atualmente reconhecido no âmbito do Direito Internacional, notadamente nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Sua tradução literal indica “não duas vezes o mesmo”, devendo-se entender que o “mesmo” não pode incidir em duplicidade³⁵⁶, na medida em que possui vigência ampla e confere segurança jurídica ao imputado, fundamentando-se na necessidade de se ter certeza do direito de que “a sua violação materializa-se na interposição de um segundo procedimento em que haja coincidência na identidade do sujeito, do objeto e do fundamento, relativamente a um primeiro procedimento”³⁵⁷.

³⁵³ Para fins do presente trabalho, será utilizado o termo *ne bis in idem*. Conforme Keity Saboya, a denominação *non bis idem* é equivocada, “pelo menos em uma perspectiva gramatical da língua latina, uma vez que o advérbio de negação que é usado como expressão de ordem ou de proibição é a partícula *ne*, que representa, nessa hipótese, a forma negativa do imperativo, proclamada pelo presente do subjuntivo”. SABOYA, op. cit., 2014, p. 5. Nesse aspecto, leva-se em consideração também as explicações exaradas por: CRUZ, Rogerio Schietti. *Proibição de dupla persecução penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 24; SÁNCHEZ, James Reátegui. Interdicción de la persecución penal múltiple. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 134, p. 519-570, jun.-2014, p. 522.

³⁵⁴ De acordo com Alexandre de Moraes, em uma concepção histórica: “os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de *limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo*. Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular. A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*”. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

³⁵⁵ SABOYA, op. cit., 2014, p. 153.

³⁵⁶ MARTINELLI; DE BEM, op. cit., *e-Book*, p. 287.

³⁵⁷ CARMO, Luís Mota. O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 124 p., 2009, p. 64.

Apesar de não contar com uma data precisa do nascimento deste princípio, a doutrina situa a sua história no Direito romano, que contou com desenvolvimento das ciências jurídicas com significativa importância para as bases do Direito moderno³⁵⁸.

Segundo Rogerio Schietti Cruz, mesmo que não tenha sido explicitamente reproduzida em um documento integrante do corpo jurídico-político de um povo, “a ideia subjacente ao *ne bis in idem* parece óbvia e intuitiva para qualquer mente humana”³⁵⁹.

A autora Keity Saboya³⁶⁰ defende que a *ratio* deste princípio se pauta na interdição de uma quase ilimitada possibilidade sancionatória do Estado, como efeito ou consequência do anterior exercício do *ius puniendi*. Extrai-se da expressão, que a sua acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*), não permitindo que o Estado imponha ao indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*)³⁶¹.

Nessa mesma acepção, Marion Bach³⁶² defende que partindo de um olhar cuidadoso sobre a expressão *ne bis in idem*, revela-se que a ideia de que ninguém deve ser perseguido ou punido duas vezes pelo mesmo fato é um par de certezas superficial e carente de aprofundamento, e que o enunciado é muito mais ambicioso do que sinaliza a sua constante definição teórica e aplicação prática.

Fábio Medina Osório diz que o *ne bis in idem* conta com uma forte presença quando se trata da “defesa dos direitos fundamentais ligados aos valores de justiça, segurança, boa-fé, confiança, interdição à arbitrariedade, coerência do Estado que maneja normas punitivas, tudo reconduzível ao devido processo legal e aos direitos de defesa”³⁶³.

Como bem pontuado por Sandro Dezan, o *ne bis in idem* transita entre os diversos ramos normativos sancionatórios, com o intuito de emanar reflexos para conter e restringir a atuação estatal, “do Estado-legislador, do Estado-juiz e do Estado-administração, a patamares inaceitáveis e adequadamente justos, quando ao pleno dever-direito de responsabilização, plasmado nos exercícios do *jus perseguendi* e do *jus puniendi*”³⁶⁴.

³⁵⁸ Contudo, destacam-se bases da proibição da dupla persecução penal também na Europa Medieval, no Direito Canônico, na Inquisição Eclesiástica, na Inquisição Laica, no Direito Anglo-Americano e no Direito Pós-Iluminista. Ver em: CRUZ, op. cit., p. 70.

³⁵⁹ CRUZ, op. cit., p. 67-68.

³⁶⁰ SABOYA, op. cit., 2014, p. 155.

³⁶¹ 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, p. 11-75, jul./set., p. 27.

³⁶² BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Editora Thoth, 2022, p. 119.

³⁶³ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 324.

³⁶⁴ DEZEN, op. cit., p. 54.

Sob o ponto de vista constitucional, o princípio do *ne bis in idem* encontra fundamento implícito em diversos dispositivos constitucionais, uma vez que não é expressamente consagrado pela Carga Magna, como é o caso da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF), da legalidade, da proporcionalidade, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas e da solidariedade (art. 3º, *caput*, CF)³⁶⁵, atuando como instrumento conjunto na limitação do poder punitivo estatal.

Por não estar expressamente disposto no texto constitucional, Rodolfo Tigre Maia desenvolve extensa e importante delimitação sobre o tema, também defendendo que o *ne bis in idem* encontra-se amparado no quadro dos direitos fundamentais da Carta Magna³⁶⁶.

É por esse ângulo também que Marcelo Semer ressalta que o *ne bis in idem* é decorrente direto da legalidade e é iluminado pela ideia da proporcionalidade, sendo “reflexo da concepção de limite do Direito Penal do Estado democrático: ninguém pode ser punido duplamente por um mesmo fato”³⁶⁷.

Contando com duas facetas principais – a processual e a material, as quais serão abordadas no próximo item –, a doutrina destaca as expressões relevantes para traduzir o encargo do princípio, quais sejam: *nemo debet bis vexari pro uma et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo ou mais de uma investigação pelo mesmo delito), *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito)³⁶⁸.

Além destas, a dimensão transversal está relacionada à impossibilidade de sobreposição de sanção administrativa e penal pela mesma conduta objetivada juridicamente e com os mesmos fins³⁶⁹.

De mais a mais, a relevância do tema exige análise minuciosa sobre os requisitos que determinam a ocorrência ou não do *bis in idem*: identidade do sujeito, unidade fática e unidade dos fundamentos jurídicos. Isso significa, em estreita síntese, que o *bis in idem* não ocorre quando as sanções são aplicadas a cidadãos distintos, condutas diferentes ou quando a unidade de fundamento alude à necessidade de que a justificação e finalidade do castigo seja a mesma³⁷⁰.

³⁶⁵ CALDEIRA, op. cit., p. 352.

³⁶⁶ MAIA, op. cit., 2005.

³⁶⁷ SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, *E-book*, p. 148.

³⁶⁸ SABOYA, op. cit., 2014, p. 167.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 240.

A *identidade de sujeito* exige que não recaia sobre o mesmo sujeito passivo mais de uma consequência de natureza punitiva em face dos mesmos fatos e do mesmo fundamento, importando a identidade física do acusado³⁷¹, “pouco importando as pessoas ou órgãos constantes do polo ativo do caso já apreciado, bem como a vítima ou o sujeito passivo da infração”³⁷².

Sujeito é, portanto, aquele que tem identidade física e é indicado em algum ato processual como autor ou partícipe de um ato ilícito, não tendo relevância a sua identificação formal.

Quanto à *identidade de fatos* ou *unidade fática*, tanto Marion Bach quanto Marcos Vinícius Pinto adotam a teoria *naturalista*, defendendo que “parece mais adequado olhar para o fato natural – do modo como ocorrido na realidade, como fato histórico – e não para um fato valorado juridicamente ou para um fato processual”³⁷³, e que “os fatos devem ser especificados no tempo e no espaço, de sorte que sua qualificação jurídica apenas embaça o olhar do intérprete para enxergar que o fato é um só, tal como a punição deve também ser uma só”³⁷⁴, posição esta que é adotada neste trabalho.

Por fim, a *unidade dos fundamentos jurídicos* pressupõe que além da identidade fática, haja similitude do fundamento jurídico subjacente aos “mesmos fatos”, o qual deve ser entendido como proteção do mesmo bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico concretamente considerado, de modo mais amplo possível³⁷⁵.

³⁷¹ Cabe mencionar discussão doutrinária existente sobre a ocorrência de *bis in idem* em caso de imposição paralela de sanções à pessoa física que representa uma pessoa jurídica e outra à pessoa jurídica propriamente dita, . Por sua vez, no que diz respeito a esta questão, Marion Bach entende que há *bis in idem* quando há duplicidade de persecução ou condenação à mesma pessoa física ou à mesma pessoa jurídica, de modo que ambas estão amparadas pela garantia. Mas e quando a persecução ou punição ocorre num mesmo contexto e pelos mesmos fatos à pessoa física e pessoa jurídica (representada pela primeira)? A autora entende que pode haver responsabilidade penal da pessoa física (que agiu no interesse do ente coletivo) e também da pessoa jurídica sem que isso acarrete um *bis in idem*, no entanto, é crucial identificar se essa responsabilidade cumulativa está assentada nos mesmos e únicos pressupostos objetivos e subjetivos, ou seja, num único juízo de imputação. Dessa forma, só se pode sustentar de forma legítima a responsabilidade cumulativa da pessoa coletiva e de seu representante se cada um for autonomamente responsável pelo próprio fato. Assim, sobre a controvérsia, afirma que: “(i) a pessoa física pode ser penalmente responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa jurídica; (ii) a pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa física; (iii) podem ser a pessoa física e a pessoa jurídica penalmente responsabilizadas sem que isso represente uma automática violação ao *ne bis in idem*, quando cada qual é comprovada e autonomamente responsável pelo próprio fato e (iv) pode haver *bis in idem* quando o representante da pessoa coletiva seja responsabilizado, a título pessoal, pelo fato e, em regime cumulativo, enquanto representante da pessoa jurídica, pelo mesmo fato e com o mesmo fundamento”. BACH, op. cit., p. 142-145.

³⁷² SABOYA, op. cit., 2014, p. 169.

³⁷³ BACH, op. cit., p. 146.

³⁷⁴ PINTO, op. cit., p. 394.

³⁷⁵ SABOYA, op. cit., 2014, p. 187.

Assim, para que haja determinação da identidade do fundamento jurídico dos tipos concorrentes, “devem-se analisar as funções e os objetos afetados ou perseguidos pelas normas infringidas, não se esquecendo de que essa análise deve ser feita também diante dos critérios de resolução do concurso de leis – sobretudo sob uma perspectiva consuntiva”³⁷⁶.

Keity Saboya analisa que a despeito da intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, um mesmo bem jurídico pode ser protegido tanto por técnicas penais como por técnicas administrativas, de modo que a segunda, da mesma forma que a primeira, são uma “expressão do poder punitivo do Estado, podendo apresentar fins retributivos e intimidatórios”³⁷⁷.

À vista disso, propõe que o termo *idem facta* “corresponda à mesma conduta ou ao mesmo comportamento, ou, ainda, ao mesmo ato ou a aspectos parciais dele, os quais foram incluídos no processo de subsunção típica tanto de uma quanto de outra infração”³⁷⁸ e, para que haja efetiva aplicabilidade do *ne bis in idem*, “deve ser observada também a existência de identidade de conteúdo material dessas ilicitudes”³⁷⁹.

Em detida análise, Juarez Tavares sustenta o argumento de que o princípio da proibição de dupla incriminação é aplicado também às relações entre infrações penais e infrações administrativas. Diante disso, conforme o autor, à medida que a infração administrativa tem o mesmo conteúdo de injusto da infração penal, quando estejam ambas vinculadas à mesma lesão de bem jurídico, a decisão judicial criminal, seja ela de condenação ou de absolvição, relativa ao reconhecimento ou não da tipicidade da conduta, exclui a possibilidade de reconhecimento da infração administrativa remanescente³⁸⁰.

Pela ótica do Direito Penal e da intersecção entre as distintas searas do Direito, é apropriado dizer que a incidência do *ne bis in idem* dar-se-á para:

evitar que uma única conduta se enquadre em mais de um tipo penal (concurso aparente entre normas penais incriminadoras), para que não ocorra dupla consequência punitiva em esferas distintas a partir de uma mesma conduta (relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador) ou, ainda, para que uma punição plural não decorra da utilização reiterada da mesma circunstância no processo de injunção penal após o seu término.

Pontua Helena Regina Lobo da Costa que a amplitude do *ne bis in idem* no Direito Penal, no que toca ao tema do concurso de normas, configura regra bastante consolidada e, apesar de não contar com previsão expressa, acaba sendo concretizado por meio de institutos

³⁷⁶ SABOYA, op. cit., 2014, p. 188.

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ TAVARES, op. cit., 2020, p. 95.

como resolução de concurso de leis e no campo do processo penal pelos institutos da litispendência e do respeito à coisa julgada³⁸¹.

No Direito Penal e Processual Penal a lógica da proibição do *bis in idem* é verificada em diversos dispositivos e, à título de exemplo, na fixação da pena é amplamente conhecida a proibição de aumento da pena em qualquer momento da dosimetria quando houver fundamento igual a outro já utilizado em outra fase ou circunstância judicial, embora nem sempre tal premissa seja respeitada³⁸².

A vedação ao *bis in idem* figura como importante instrumento para garantia de direitos fundamentais e se traduz em princípio geral do Direito, conferindo segurança jurídica e devendo ter o seu espectro de interpretação e atuação sempre observado através de uma perspectiva ampla, inclusive em se tratando de esferas distintas, quando dois ilícitos visem abarcar e punir uma mesma conduta – tal como ocorre entre o crime de corrupção e a improbidade administrativa – no mesmo sentido do que defende Keity Saboya ao considerar que os fatos idênticos devem ser entendidos como o mesmo interesse jurídico concretamente tutelado.

Isto posto, não se mostra dogmaticamente razoável ou admissível que um indivíduo viva permanentemente sob a ameaça de um segundo processo e/ou pena em razão de um mesmo fato, razão pela qual a proibição à dupla incriminação é elemento primordial apto a garantir direitos fundamentais e deve ter sua incidência reconhecida quando houver casos que envolvam as esferas penal e administrativa.

3.1.2 Panorama histórico do *ne bis in idem* nos Tratados de Direito Internacional e a sua conformação constitucional no Direito brasileiro

Em explanação formulada por Keity Saboya³⁸³, indica-se como registro histórico o *Habeas Corpus Act*, de 1679, do Direito inglês, que dispunha que nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade por ordem de *habeas corpus* poderia, pelo mesmo delito, ser novamente presa. A Constituição dos Estados Unidos da América, por meio da 5ª Emenda, no ano de 1887, anunciou que ninguém seria julgado duas vezes em razão da mesma ofensa, teorizando que “[n]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”.

³⁸¹ COSTA, op. cit., 2013, p. 182

³⁸² MICHELOTTO, Mariana Nogueira. *Ne bis in idem* na aplicação cumulativa das penas de multa na ação de improbidade e processo penal. Dissertação (Mestrado Profissional) de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 94 p., 2022, p. 49

³⁸³ SABOYA, op. cit., 2018, p. 77.

A Revolução Francesa também alçou o *ne bis idem* a nível constitucional, mais precisamente em seu art. 9º da Constituição Francesa de 1791. Além disso, não se pode olvidar que a partir das grandes Guerras Mundiais, foram estabelecidos novos marcos em termos de valores jurídicos e garantias individuais, os quais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o surgimento de tratados e convenções que legitimaram direitos fundamentais, notadamente após a criação do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU)³⁸⁴.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 incluiu em seu art. 29, nº 5, a proibição de que “ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime”, proibindo assim não só o duplo julgamento, mas a dupla penalização, desdobrando-se em um dúplice dimensionamento³⁸⁵.

Conforme linha do tempo traçada por Marion Bach³⁸⁶, o *ne bis in idem* foi sistematicamente reconhecido e homenageado em pactos internacionais e convenções, tendo início em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, dispondo em seu art. 14, nº 7, que “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infração da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”.

Ademais, tanto o Protocolo adicional nº 7 da Convenção Europeia de proteção dos Direitos do Homem e de Liberdades Fundamentais o previu em seu art. 4º³⁸⁷, quanto o art. 50³⁸⁸ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e, por fim, o Acordo de Schengen, celebrado entre França e os integrantes do Benelux, que firmaram a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, o qual dispõe a respeito do princípio em seu art. 54³⁸⁹.

³⁸⁴ SABOYA, op. cit., 2018, p. 77.

³⁸⁵ MAIA, op. cit., 2005, p. 33.

³⁸⁶ BACH, op. cit., 2022, p. 125.

³⁸⁷ Artigo 4º. Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez. 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

³⁸⁸ Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito: Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

³⁸⁹ Aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Art. 54. Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção 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.

Verifica-se haver uma espécie de compensação da lacuna constitucional em razão dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que disciplinam a proibição da dupla punição de forma expressa, destacando-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), que dispõe em seu art. 14.7 que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, que prevê em seu art. 8.4 que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, limitando-se a versar unicamente sobre a esfera penal.

Relembra Rogerio Schietti Cruz³⁹⁰ que, a partir do momento em que o Brasil subscreveu e fez ingressar os Decretos 592/92 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) e 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), respectivamente, não remanescem dúvidas sobre a vigência do princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual se torna indiferente o fato de ser ausente sua previsão expressa na Constituição Federal.

Tem-se, também, o teor do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, o qual prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e é considerada cláusula de ampliação dos direitos fundamentais³⁹¹.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com efeito, as referidas normativas têm em comum a noção de que tanto a dupla persecução punitiva quanto a dupla punição “representam excesso e, por via de consequência, vedar sua ocorrência – o *ne bis in idem* – coloca-se como um objetivo amplamente buscado por diversos ordenamentos, tribunais e estudiosos”³⁹², considerado por parcela da doutrina como princípio geral do direito.

Trata-se de dispositivo de proteção aos direitos humanos, que conta com múltiplas aplicações e manifestações, além de ter desdobramentos em áreas distintas do direito, não se

³⁹⁰ CRUZ, op. cit., 2022, p. 186.

³⁹¹ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 224.

³⁹² PINTO, op. cit., 2022, p. 362.

limitando à possibilidade de ser aplicado na esfera penal³⁹³. Isso quer dizer que “se no processo penal se firma a ausência de tipicidade e essa engloba também a matéria administrativa, essa decisão, uma vez transitada em julgado, faz também coisa julgada para impedir outra decisão sobre o mesmo fato”³⁹⁴.

Em outras palavras, a proibição ao *bis in idem* garante que o devido processo legal seja observado pelo Estado, limitando a sua atuação punitiva “pois permite que a pessoa condenada ou absolvida possa invocar a seu favor as penas anteriormente aplicadas, os fatos considerados comprovados pelo próprio Estado e a absolvição anteriormente estabelecida”³⁹⁵. Em contrapartida, tal condição não ocorre se a ordem jurídica admitir que o Estado pode desconsiderar uma defesa apresentada pelo acusado ao instaurar novos processos punitivos com relação a um mesmo ato ilícito³⁹⁶.

De qualquer forma, ainda que a Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente o *ne bis in idem*, em razão da analogia a princípios como o da legalidade, da segurança jurídica e da proporcionalidade, somada aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que preveem tal garantia, a proibição à dupla – ou tripla – repetição de sanção por parte do Estado em decorrência da prática de um mesmo fato e com o mesmo fundamento jurídico se trata de direito fundamental do indivíduo.

3.1.3 As vertentes processual e material do *ne bis in idem*

Em atenção ao conteúdo do *ne bis in idem*, depreende-se que a função típica desse princípio “há de ser a interdição de que recaia, sobre uma mesma conduta objetivada juridicamente, uma pluralidade de consequências jurídicas, seja de natureza material, seja processual”³⁹⁷, tornando-se imprescindível conferir limites e distinguir de forma suficiente essa dupla face de garantia.

Em breve síntese, o espectro processual assegura ao indivíduo o direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato, e o material confere o direito de não ser punido duas

³⁹³ DAGUER, Beatriz. O princípio do *non bis in idem* e a proporcionalidade das sanções aplicadas em instâncias de controle distintas a partir da prática de um ato ilícito. In: DAGUER, Beatriz; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira (org.). *Direito Penal e Direito Processual Penal: sob a ótica da advocacia criminal*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 75.

³⁹⁴ TAVARES, op. cit., 2020, p. 95.

³⁹⁵ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 228.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ SABOYA, op. cit., 2014, p. 166.

vezes em razão da prática de um só ato, o que para Keity Saboya figura como a consequência mais importante, ou mais imediata, do princípio em comento³⁹⁸.

Por sua vez, a vertente processual está relacionada à proibição de duplo *julgamento*, de *dupla persecução* em razão do mesmo fato, proveniente diretamente dos brocardos romanos “*bis de eadem re ne sit actio* (não há ação repetida sobre a mesma coisa, em tradução livre) e *bis de eadem re agere non licet* (não há como acionar duas vezes pelo mesmo, também em livre tradução)”³⁹⁹.

A vertente processual guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem*, vez que a proibição de duplo julgamento antecipa a impossibilidade de *duplo sancionamento* pelo mesmo fato, o que para Helena Regina Lobo da Costa configura um ônus desnecessário⁴⁰⁰. O aspecto processual considera a própria persecução penal como sanção, de modo que o *ne bis in idem* possui papel fundamental no estabelecimento da segurança jurídica, uma vez que caminha de mãos dadas com o instituto da coisa julgada⁴⁰¹, na medida em que a vigência do princípio supõe a imutabilidade e a irrevogabilidade desta⁴⁰².

A coisa julgada se torna, portanto, elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo, possuindo dois elementos precípuos: um positivo, que é a proibição de que se decida uma pretensão processual resolvida em processo anterior, de forma

³⁹⁸ SABOYA, op. cit., 2014, p. 157.

³⁹⁹ BACH, op. cit., 2022, p. 127.

⁴⁰⁰ COSTA, op. cit., 2013, p. 209.

⁴⁰¹ Segundo Aury Lopes Jr., a coisa julgada é uma construção artificial do Direito, que significa decisão imutável e irrevogável, a imutabilidade do mandamento que nasce da sentença, configurando garantia individual, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, estabelecida para assegurar o *ne bis in idem*. Considera que a coisa julgada atua em uma dupla dimensão: a constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão). Em qualquer das duas dimensões, no processo penal a coisa julgada está posta a serviço do réu, ou seja, se trata de garantir do cidadão submetido ao processo penal. A seu ver, qualquer mitigação dos efeitos da coisa julgada somente pode ser feita em favor da defesa, por isso, somente a sentença penal absolutória faz coisa “soberanamente julgada”, na medida em que a sentença condenatória pode ser revista a qualquer tempo por meio da revisão criminal. Pode ser formal ou material, de modo que a segunda pressupõe a primeira. Nesse aspecto, a decisão é irrecorrível ou torna-se preclusa (coisa julgada formal) e, após, vem a imutabilidade da decisão, ou seja, a produção exterior de seus efeitos (coisa julgada material). Assim, “quando não há análise e julgamento sobre o mérito (ou seja, sobre o fato processual ou caso penal), a decisão faz coisa julgada formal, mas não produz coisa julgada material, ou seja, é imutável no próprio processo (após a fluência do prazo sem a interposição do recurso, ou pela denegação do eventual recurso interposto, é claro), sem que exista a produção exterior de seus efeitos”. Em outro lado, “quando há uma sentença de mérito, em que se julga efetivamente o caso penal, condenando ou absolvendo o réu, existe coisa julgada formal (no primeiro momento, imutabilidade interna ou endoprocedimental) e, após, produz-se a coisa julgada material, com a imutabilidade dos efeitos da sentença”. Sobre as decisões em que se declara a extinção da punibilidade, como prescrição, perdão etc., estas produzem coisa julgada formal e material, fulminando o poder punitivo estatal e impedindo novo processo ou seu reexame. Em resumo, a coisa julgada serve para que um processo alcance uma certeza básica para o cumprimento: a irrevogabilidade (dimensão interna ou efeito intraprocedimental), de um lado, e, de outro, a eficácia frente a eventuais discussões posteriores em torno do que foi resolvido no processo (dimensão externa). LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

⁴⁰² SÁNCHEZ, op. cit., 2014, p. 525.

diversa ao que já foi decidido, e outro negativo, que é a proibição de que seja reformulada a pretensão processual já decidida anteriormente. Nesse sentido:

ao adquirir *status* de coisa julgada, a sentença apresenta-se como algo definido pela jurisdição, e a primeira consequência que vem à mente do jurista é a sua definitividade. A decisão não poderá ser modificada por nenhum meio processual ordinário e exceções como a revisão criminal e ação rescisória possuem caminhos estreitos para admissibilidade. A coisa julgada é instituto processual que permite proteger a sentença transitada em julgado com os elementos da imutabilidade, intangibilidade e definitividade para o porvir. Ser imutável significa que o objeto litigioso decidido deve ser mentido contra novas pretensões do objeto decidido. Intangível porque as circunstâncias definidas pela jurisdição já foram resolvidas e não podem ser modificadas. O elemento da definitividade possui o condão de dar execução a todos os comandos da sentença, pois não há mais nada a ser resolvido sobre a causa⁴⁰³.

Isso quer dizer que eventual reiteração da persecução por meio do processo é proibida, considerando que a atividade de persecução punitiva deve se finalizada, sob pena de se tornar infinita. Para vedar a ocorrência de processos simultâneos na seara penal, o impedimento processual pertinente é a litispendência, a qual proíbe a propositura de um novo processo quando está em curso outro em relação a um mesmo sujeito e objeto, evitando assim decisões contraditórias por parte do Judiciário⁴⁰⁴.

Em conclusão, a coisa julgada tem por finalidade “conferir estabilidade e segurança a saúde do sistema jurídico, especificamente das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença”⁴⁰⁵, e, de modo distinto, o princípio do *ne bis in idem* “tem por missão proteger, de forma direta, a situação jurídica do cidadão, assegurando-lhe proteção de natureza individual, representada pela unicidade da (re)ação punitiva estatal”⁴⁰⁶.

Antonio Rodrigo Machado relembra que a concepção processual tradicional do princípio “restringe os efeitos da proibição de novos julgamentos apenas sob o efeito preclusivo processual interno”⁴⁰⁷, o que significa que a vedação estaria circunscrita apenas em um mesmo regime jurídico sancionador, seja ele penal ou administrativo, isto é, não haveria conexão entre eles.

De outro lado, a vertente material diz respeito a uma evolução do aspecto processual, de modo que “a vedação de duplo processo impossibilita a aplicação de mais de uma punição

⁴⁰³ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 103.

⁴⁰⁴ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem entre direito penal e administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 30, n. 192, p. 75-112, set./out.. 2022.

⁴⁰⁵ SABOYA, op. cit., 2014, p. 157-158.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 158.

⁴⁰⁷ MACHADO, op. cit., 2020, p. 94.

pelos mesmos fatos”⁴⁰⁸, pois inicialmente se entendia que a vedação se limitava à esfera penal, e, atualmente, defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas no interior da esfera administrativa ou da penal, mas também, por uma infração penal e outra administrativa”⁴⁰⁹, quando forem idênticos os sujeitos, os fatos e os fundamentos que envolvam aquela determinada situação.

O conteúdo material do *ne bis in idem* implica a interdição do múltiplo sancionamento pelo mesmo fato e rege quando concorre a chamada tríplice identidade: de sujeito, fato e fundamento⁴¹⁰. A vertente material tem como principal característica a função de não permitir que a um mesmo indivíduo possa ser imputado por um mesmo fato dois tipos de ilícito, conduzindo ao impedimento de um segundo apenamento pelos mesmos motivos que deram ensejo a uma condenação pretérita.

Nenhuma pessoa pode ser penalizada ou castigada duas vezes pelo mesmo fato, de forma que essa visão busca neutralizar qualquer pretensão de reiteração punitiva por parte do Estado, entendida como dupla reprovação ou avaliação punitiva em detrimento do cidadão através da duplicidade de sanções⁴¹¹.

Em síntese, a vertente material proscreve, em relação a um mesmo sujeito, a múltipla valoração de um mesmo fato para fundamentar ou agravar a sanção criminal, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade, proibindo que a múltipla consideração de uma circunstância acarrete pena superior à gravidade do fato⁴¹².

Nesse aspecto, a importância da proporcionalidade surge a partir do fato de que as regras sobre sancionamento valoram as circunstâncias fáticas relativas a certa conduta e estabelecem uma pena considerada proporcional à sua reprovação, ou seja, idônea, necessária e proporcional em sentido estrito, e, assim, quando se valora mais de uma vez o mesmo fato para fins de sancionamento, “o resultado seria uma pena superior àquela entendida como proporcional à sua gravidade”⁴¹³.

⁴⁰⁸ 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, p. 204-240, jan./jun. 2018, p. 209.

⁴⁰⁹ Idem.

⁴¹⁰ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, mai./jun.. 2007, p. 12.

⁴¹¹ Trecho original: “[...] el punto de vista material o sustantivo, implica que ninguna persona puede ser penada o castigada dos veces por el mismo hecho, es decir, esta primera visión busca neutralizar cualquier pretensión de reiteración punitiva por parte del Estado, entendida como un doble reproche o gravamen punitivo en perjuicio del ciudadano mediante una duplicidad de sanciones”. NÚÑEZ SÁNCHEZ, Jorge Enrique. El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo. *Capítulo Criminológico*. vol. 37, n. 4, p. 205-229, oct.-dic. 2009, p. 214.

⁴¹² MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁴¹³ Idem.

Em conclusão, relevante pontuar o entendimento exarado por Marcos Vinícius Pinto, segundo o qual inexistência de vinculação entre o *ne bis in idem* processual e o *ne bis in idem* material, porquanto que, quanto um deles ocorrer, nem sempre estará o outro⁴¹⁴. Em resumo, sintetiza-se que “ora o ordenamento jurídico inviabilizará a propositura de demanda punitiva sobre o mesmo fato (*ne bis in idem* processual), ora impedirá a punição sobre o mesmo fato (*ne bis in idem* material)”⁴¹⁵.

Rogério Schietti Cruz traça distinção fundamental a respeito dos aspectos material e processual do *ne bis in idem*, nos seguintes termos:

Enquanto, sob a ótica da proibição de dupla persecução penal, a garantia em tela impede a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica, a proibição da dupla punição impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade, ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para fins de definir-se a sanção criminal.

Por fim, em ambos os aspectos aqui abordados, consagra-se a noção de que em matéria criminal, o mesmo fato não deve ser processado e nem punido em mais de uma oportunidade, baseando-se na proibição de excesso nas intervenções do Estado sobre os direitos do indivíduo⁴¹⁶.

Com efeito, ao tratar da transversalidade do princípio, defende Keity Saboya que “a proibição de ser o indivíduo processado duas ou mais vezes pelos mesmos fatos não deva se restringir à esfera criminal”⁴¹⁷, defendendo assim a “irradiação dos efeitos do *ne bis in idem* a todos os procedimentos de natureza sancionadora”⁴¹⁸.

Como consequência destas considerações, as duas facetas abordadas relativas ao princípio do *ne bis in idem* proíbem a instauração de segundo procedimento criminal em face de um mesmo indivíduo acerca dos mesmos fatos e a imposição de reiteração punitiva a um agente em razão deles, havendo, portanto, limitação do poder estatal de forma ampla e devendo ser aplicado não somente na esfera do Direito Penal, mas também do Direito Administrativo Sancionador.

⁴¹⁴ PINTO, op. cit., 2022, p. 356-357.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 357.

⁴¹⁶ MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁴¹⁷ SABOYA, op. cit., 2014, p. 273.

⁴¹⁸ Idem.

3.2 O reconhecimento da unidade sistêmica do poder punitivo estatal ante a proximidade das sanções aplicáveis ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador

A teoria da unidade do poder punitivo estatal nada mais é que a concepção de que as instâncias de punição são interdependentes, ou seja, se relacionam entre si. Com seu marco histórico originado na jurisprudência espanhola, compreende precipuamente que a função do Estado de repressão a infrações normativas seria uma só e abarcaria tanto a sanção penal quanto as sanções administrativas⁴¹⁹.

Historicamente, na formação primitiva do Direito, não havia qualquer distinção no domínio das regulações jurídicas até então exercidas, fato este que corrobora a assertiva de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são extensões de um mesmo e único poder punitivo do Estado⁴²⁰.

As modificações de sistematização passaram a ocorrer a partir do século XVIII, momento em que ocorreu o processo de autonomização desses dois setores, construídos em oposição ao Direito Civil, como decorrência da criação do Estado de Direito e da transformação do Direito natural em Direito positivo, como também da fragmentação do pensamento científico, característico do método cartesiano que revolucionou o período⁴²¹.

Nesse aspecto, o princípio da separação de poderes firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas em face de arbitrariedades dos detentores do poder e como ferramenta de contenção de poder, assim, “a 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”⁴²².

Aduz Keity Saboya que analisando moldura constitucional dos Estados contemporâneos, “não há como projetar o poder sancionador da Administração como um poder autônomo, originário ou próprio, ou como um poder que simplesmente imponha obediência aos cidadãos com o fim de ser mantida a boa ordem administrativa”⁴²³, de modo que partir desse pressuposto de independência pode implicar em perigosa ausência de limites às funções repressivas do Estado, que operaria sem a necessidade de submeter-se a um critério racional no que tange à restrição de liberdade de seus cidadãos⁴²⁴.

⁴¹⁹ MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁴²⁰ SABOYA, op. cit., 2014, p. 110.

⁴²¹ Idem.

⁴²² ARÊDES, op. cit., 2018, p. 223.

⁴²³ SABOYA, op. cit., 2014, p. 108.

⁴²⁴ Idem.

Segundo a autora, por força da unidade do *ius puniendi* estatal, consiste o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal em manifestações de uma mesma singularidade, ao passo que “qualquer consequência de natureza punitiva aplicada por essas esferas possui aptidão de gerar os efeitos do *ne bis in idem*”⁴²⁵.

Salienta José Carlos Fernandes Junior⁴²⁶ que “o ordenamento jurídico é um sistema uno, com manifestações e potências aptas a regular os inúmeros aspectos da vida social”, de modo que “a segmentação do Direito em ramos tem mais fundamento didático e/ou organizacional do que estritamente jurídico”.

Pela análise do avanço da pesquisa científica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, há uma profunda mudança em seus paradigmas e uma consequente reconstrução de sua função sancionadora, notadamente quando observada com suporte em um Direito Administrativo constitucionalizado em torno dos direitos fundamentais, não se permitindo mais que “a potestade punitiva estatal, ainda que na esfera administrativa, sancione uma conduta que não tenha por fim a defesa de valores socialmente relevantes e que não constitua, ainda que abstratamente, lesão ou perigo de lesão a interesses juridicamente tutelados”⁴²⁷.

Por sua vez, “o Estado se apresenta, perante as pessoas, como instituição una e suas divisões internas visam a garantir a funcionalidade estatal e a proteção de direitos fundamentais mediante o controle de arbitrariedades”⁴²⁸, ainda que de forma complexa e sistematizada, sendo reconhecido pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, reconhecendo assim a importância de proteger o cidadão acusado, “em qualquer das possíveis áreas de exercício do poder estatal, ainda que submetidos a relações especiais de sujeição”⁴²⁹.

Nesse sentido, esta unicidade está materializada “não apenas no conceito óbvio de ser um ‘todo’ unificado, ainda que complexo e sistematizado, mas, também, a partir do tratamento dado, em razão disso, aos que são acusados do cometimento de uma determinada infração”⁴³⁰.

Isto quer dizer que o mesmo ato ilícito tipificado em lei, antijurídico e voluntário, por conduta culposa ou dolosa, recebe tratamentos distintos de regimes jurídicos distintos, no

⁴²⁵ SABOYA, op. cit., 2014, p. 154.

⁴²⁶ JUNIOR, José Carlos Fernandes. A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3UOcZ7u>. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁴²⁷ SABOYA, op. cit., p. 133.

⁴²⁸ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 223.

⁴²⁹ MACHADO, op. cit., 2020, p. 12.

⁴³⁰ Idem.

entanto, “o cidadão acusado recebe a mesma proteção geral por parte do ordenamento constitucional”⁴³¹.

Por consequência, é plausível asseverar que o campo de atuação do princípio do *ne bis in idem* “estende-se à multiplicidade de planos do *ius puniendi* do Estado, proibindo-se, a qualquer dos seus numerosos agentes, órgãos, instituições, tribunais, juízos, agências, entre outros, a realização de qualquer segunda (re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos”⁴³², posicionamento este que é integralmente corroborado por Sirlene Arêdes Nunes⁴³³.

A compreensão máxima dessa linha de raciocínio tem como ponto de chegada a posição de que “independentemente da natureza da autoridade processante, o princípio do *ne bis in idem* há de irradiar-se para todo o ordenamento jurídico globalmente considerado, atingindo os procedimentos de natureza punitiva”⁴³⁴.

Se se parte do pressuposto de que existe uma potestade sancionadora única, a discussão se debruçará sobre o seguinte questionamento: o Direito Administrativo Sancionador deve ser submetido aos mesmos princípios e interpretação constitucional do Direito Penal?

Assim como mencionado anteriormente, a compreensão é no sentido de que “o delito penal e o delito administrativo ou de polícia têm um conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica”⁴³⁵. Em se tratando de sanções eminentemente repressivas, e, portanto, com seu caráter ontológico idêntico, especialmente no que toca à multa e à privação de direitos, deve prevalecer a aplicação dos princípios informadores do Direito Penal ao Administrativo Sancionador, com certos matizes ou gradações⁴³⁶.

Keity Saboya propõe uma “transposição matizada”, devendo haver uma adaptação funcional na seara do Direito Administrativo Sancionador no que se refere à incidência dos princípios de Direito Penal, “na medida necessária para preservar os valores essenciais que se encontram na Constituição, inclusive a segurança jurídica”⁴³⁷. No entanto, a seu ver, esta aplicação “não deve ser entendida de forma literal e imediata, devendo haver intercambialidade

⁴³¹ MACHADO, op. cit., 2020, p. 12.

⁴³² SABOYA, op. cit., 2014, p. 166.

⁴³³ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 205.

⁴³⁴ SABOYA, op. cit., 2014, p. 168.

⁴³⁵ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, p. 27-40, abr.-jun./1993.

⁴³⁶ SABOYA, op. cit., 2014, p. 148.

⁴³⁷ Ibidem, p. 148-149.

de regras no que diz respeito às linhas centrais”, impedindo assim uma translação milimétrica das garantias penais⁴³⁸.

Ana Carolina Carlos de Oliveira diz ser relevante incorporar o objeto da tese de unidade do *ius puniendi* à aplicação prática do Direito Administrativo Sancionador, identificando que “qualquer que seja a sanção imposta pelo Estado, ela deverá estar amparada de garantias próprias do Direito Penal”⁴³⁹, propondo a transposição de garantias constitucionais e penais ao Direito Administrativo Sancionador de forma modulada, para não inviabilizar a celeridade do seu procedimento. À vista disso, reconhece que as mínimas garantias devem ser a da legalidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência e *ne bis in idem*⁴⁴⁰, posição esta que parece mais adequada.

Miguel Bajo Fernández⁴⁴¹ discorda da tese de que a função do Direito Penal se presta a tutelar bens jurídicos e que a infração administrativa lesiona os interesses da Administração e, por consequência, bens administrativos, uma vez que a distinção entre bens jurídicos e bens administrativos não é suficientemente clara.

Para o autor, a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo só pode ser encontrada em considerações formais, porque o único dado que permite distinguir uma pena criminal e uma sanção administrativa é o órgão do Estado que as aplica⁴⁴². Na atualidade não existe uma diferença ontológica em seu conteúdo, senão unicamente a natureza da sanção proposta para cada um deles, de modo que as sanções administrativas indicam que as medidas por ela adotadas são penas e castigos retributivos, mas não se reputam como tais porque são impostas no uso de atribuições governativas ou disciplinares⁴⁴³.

Enfim, Antonio Rodrigo Machado⁴⁴⁴ defende que a identificação de unidade do poder de acusar por parte do Estado, traz, como consequência, a unidade de garantias e também exigibilidade de coerência entre os julgamentos, por diferenças instâncias, do mesmo fato

⁴³⁸ Essa necessária cautela se dá porque “até mesmo no direito penal, seus princípios não são de aplicação uniforme a todos os institutos, pois as regras normativas são utilizadas com variações, como ocorre, por exemplo, na omissão, na participação, na utilização das normas de concurso em certos crimes, na antecipação do risco em determinadas figuras que eliminam a diferença entre tentativa e participação etc. Por isso carece de sentido propugnar a extensão das particularidades normativas do direito penal sem restrições ao direito administrativo sancionador, como fundar-se nessas diferenças para concluir pela diferente natureza de um e de outro campo”. SABOYA, op. cit. 2014, p. 149.

⁴³⁹ OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 142.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 263.

⁴⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La unidad del Derecho sancionador. *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 32, p. 263-275, feb.-2012.

⁴⁴² Trecho original: “[...] La diferencia entre ilícito penal y el ilícito administrativo solo puede encontrarse en consideraciones formales, el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica”. Ibidem, p. 267.

⁴⁴³ Ibidem, p. 267-268.

⁴⁴⁴ MACHADO, op. cit., 2020, p. 13.

considerado ilícito pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador. É exatamente no mesmo sentido que Sirlene Nunes Arêdes expressa que o reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é medida necessária à concretização de direitos fundamentais, na medida em que a teoria da unidade do poder punitivo suplanta a teoria da autonomia e independência das instâncias⁴⁴⁵.

Em contrapartida a este posicionamento, ainda que concorde com o argumento de que o ilícito penal e o ilícito administrativo podem ser normativamente considerados distintos, mas que suas sanções apresentam traços funcionais muito semelhantes e conteúdo materialmente idêntico, Helena Regina Lobo da Costa não crê na existência de um único *ius puniendi*, em razão de considerar o seu caráter autoritário, entendendo que não seria possível a transposição dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador⁴⁴⁶.

Ao se levar em consideração que “a hipertrofia do âmbito punitivo da administração pública não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição da sanção”⁴⁴⁷, a autora pondera sobre a proximidade entre as duas searas, indicando a inecessidade de se refletir os problemas e dificuldades a serem enfrentados, bem como denuncia a inexistência de novas propostas para coordenar esses espaços de sobreposição.

Em seu entendimento, a concepção do *ius puniendi* único traz um caráter retórico, o qual “visa a justificar a aplicação das garantias do Direito Penal à esfera administrativa, mas que acaba por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito”⁴⁴⁸, não fazendo sentido aceitar a transposição do regime jurídico do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.

Com fundamento no cenário traçado nas linhas anteriores, parece apropriado sustentar a ideia de que o ordenamento jurídico é uno, possuindo manifestações aptas a regulamentar e viabilizar as relações sociais, tendo a sua segmentação tão somente para fins de organização. A hipótese fica ainda mais evidente quando analisamos precisamente a questão da Administrativização do Direito Penal e da Penalização do Direito Administrativo Sancionador, e a similitude entre as sanções aplicáveis, passando a evidenciar a existência de uma zona de penumbra que faz perder as suas respectivas identificações.

⁴⁴⁵ ARÊDES, op. cit., 2015, p. 237.

⁴⁴⁶ COSTA, op. cit., 2014, p. 173-178.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 118.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 176.

3.3 A sobreposição punitiva à luz da Constituição Federal

Não se nega e tampouco se discute que no âmbito do Direito Penal a vedação ao *bis in idem* é amplamente reconhecida e explorada. A discussão adquire dimensão quando se indaga sobre a sua incidência em setores distintos, como é o caso da seara penal e administrativa sancionadora. Antes de tudo, importa formular análise objetiva e interpretativa sobre o conteúdo da Constituição Federal e da normativa infralegal que trata da matéria.

O art. 37, § 4º, diz que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, a Constituição Federal confirma que os atos incursos como ímprobos na LIA também podem ser objeto de ação penal. Significa dizer que o duplo processamento pelos mesmos fatos em instâncias distintas tem respaldo constitucional, rechaçando assim argumentos no sentido de que sua ocorrência estaria em desacordo com a Carta Magna.

Fábio Medina Osório aduz que “a improbidade, enquanto categoria normativa que reflete um ilícito, recebe a repressão constitucional e a legal de um sistema normativo complexo, sofisticado e desenhado na perspectiva de um novo Direito Punitivo”⁴⁴⁹, tornando-se independente por força do comando constitucional em comento.

Desse modo, compreende que a independência das instâncias que é consagrada para a tutela da probidade administrativa tem *status* autônomo, havendo um dispositivo constitucional que prevê tal hipótese, repudiando – ao menos em tese – interferências recíprocas entre Direito Penal, Direito Administrativo e até mesmo Direito das Responsabilidades Cíveis⁴⁵⁰. Isto é, o autor consagra a independência das instâncias de forma quase absoluta⁴⁵¹, não compreendendo ser possível invocar o *ne bis in idem* na tutela das relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, apesar de admitir ser possível, no plano material, serem

⁴⁴⁹ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 342.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 343.

⁴⁵¹ Nos preceitos do autor: “A independência genérica entre as instâncias, calcada na separação de Poderes, não seria óbice à concretização de vetores de interdependência, culminando no princípio do *non bis in idem*, em perspectiva geral. Insistimos na importância de se manejar o princípio da divisão de Poderes e da interdependência das instâncias punitivas, em busca de critérios coerentes, racionais, justos e eficientes de manejo do Direito Sancionador. Todavia, o texto constitucional, ao preocupar-se com a patologia social da improbidade administrativa, avançou e relativizou o princípio do *non bis in idem*, enfraquecendo-o nesse cenário tão especializado em homenagem à preservação de outros valores. No tratamento da improbidade administrativa, pois, o texto constitucional já mencionado há de ser interpretado em sintonia com os princípios de divisão de poderes e democrático, ganhando densidade peculiar a vedação ao *bis in idem*. Exige-se, aqui, a independência das instâncias na tutela de fatos unitários que, configurando improbidade, transcendam essa esfera e configurem também crimes, contravenções, ilícitos disciplinares. Daí a distinção a ser feita, porque, neste campo punitivo, não se pode usar dos mesmos critérios manejados noutras esferas. [...]”. Ibidem, p. 343-344.

permitidas compensações e atenuações das penas a partir de uma visão unificadora das sanções e do Direito Punitivo⁴⁵².

De outro lado, art. 225, § 3º, do diploma constitucional⁴⁵³, também prevê que, no que diz respeito aos crimes ambientais, é cabível a responsabilização no âmbito civil, administrativo e penal dos entes coletivos. Ou seja, autoriza-se, com relação aos ilícitos ambientais e de improbidade, a aplicação conjunta de sanções de cunho penal e administrativo, estabelecendo uma independência entre as instâncias, ao passo que a legislação infraconstitucional expande essa ideia para outros ilícitos⁴⁵⁴.

Da análise da redação do art. 37, § 4º, e do art. 225, § 5º, há duas interpretações distintas: (i) está-se diante de um mandado constitucional que autoriza a imposição de múltiplas sanções em âmbito penal e administrativo a um mesmo fato que constitui infração em duas searas distintas, e, quanto às sanções, também há uma independência entre as instâncias constitucionalmente fundada⁴⁵⁵; e (ii) em verdade, o texto constitucional não determina que a utilização das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos, uma vez que há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras como infrações administrativas⁴⁵⁶. Em uma perspectiva de garantia de direitos fundamentais, legalidade e segurança jurídica, parece mais adequado adotar a segunda posição.

Em outras palavras, o fato de o texto constitucional prever a punibilidade nas vias penal e administrativa não implica que estas penalidades tenham que se impor simultaneamente em razão dos mesmos fatos e em ambos os domínios⁴⁵⁷.

Com isso, sobre a tipificação de condutas lesivas ao ambiente, supõe-se que o dispositivo prevê que o legislador estabeleça as sanções penais e administrativas, “o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente”, não decorrendo disso a possibilidade de que os mesmos fatos sejam punidos nas duas instâncias⁴⁵⁸.

⁴⁵² OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 341.

⁴⁵³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁴⁵⁴ MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 235.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ Idem.

Por outro lado, como bem pontuado por Gilmar Mendes, Bruno Buonicore e Felipe De-Lorenzi⁴⁵⁹, a Constituição Federal não aborda expressamente se esse múltiplo sancionamento deve se dar por uma simples cumulação integral das sanções estabelecidas nas duas esferas ou se por uma compensação parcial das sanções aplicadas. Diante disso, apesar de não se ter menção textual sobre isso, deve-se constatar se outras normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade, não impedem a cumulação integral.

Ainda, ao interpretarem o teor do art. 37, § 4º, os autores entendem que a menção de que as sanções à improbidade ocorrerão “na forma e gradação previstas em lei” indica que o legislador pode estabelecer compensação⁴⁶⁰.

Adota-se aqui a compreensão o teor do art. 37, § 4º, não autoriza expressamente que duas searas do direito abarquem uma mesma unidade de fatos, ou seja, um mesmo ato ilícito, razão pela qual não necessariamente há conformação constitucional em se tratando da corrupção prevista no Código Penal e da improbidade administrativa prevista na LIA.

3.3.1 A independência de instâncias e a sobreposição normativa previstas na legislação pátria infraconstitucional

O conceito de ato ilícito está inserido no Direito Penal (ilícito penal), no Direito Civil (ilícito civil) e no Direito Administrativo (ilícito administrativo), de modo que ao praticar um ato previsto na normativa jurídica, o indivíduo está sujeito às consequências da repressão punitiva por parte do aparelho estatal, e “cada fato terá uma estrutura julgadora distinta para a sua apuração”⁴⁶¹.

Conforme já se constatou, existem no direito nacional normas que autorizam o *bis in idem*, as quais são intituladas “normas de sobreposição punitiva”⁴⁶² e que “homenageiam a independência entre as instâncias e a possibilidade de cumular responsabilidades advindas de um mesmo fato”⁴⁶³, razão pela qual se sustenta que o exercício do *ius puniendi* brasileiro é, a toda evidência, assistemático, excessivo e amplo, ainda que tenha havido alguns avanços para mitigar esse problema⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁴⁶⁰ Idem.

⁴⁶¹ MACHADO, op. cit., 2020, p. 18.

⁴⁶² PINTO, op. cit., 2022, p. 359.

⁴⁶³ BACH, op. cit., p. 161.

⁴⁶⁴ PINTO, op. cit., 2022, p. 355.

Da análise da conjuntura legislativa vigente⁴⁶⁵, vê-se que há reafirmação da autonomia entre as instâncias penal e administrativa⁴⁶⁶, como, por exemplo, no art. 256 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)⁴⁶⁷, e no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁴⁶⁸. Ainda, existem leis que ao tipificarem determinada conduta como infração administrativa, também a tipificam como crime, como é o caso do art. 15, § 3º, do Decreto-Lei nº 25/1937⁴⁶⁹.

Keity Saboya⁴⁷⁰ concebe importante aparato sobre situações de concorrência normativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, afirmando que disso decorrem medidas descoordenadas. Destaca que algumas infrações penais previstas na Lei nº 9.605/98 também constituem infrações administrativas constantes no Decreto nº 6.514/08, as quais possuem idêntico fundamento ou objeto de proteção, qual seja, a tutela do meio ambiente, apresentando inclusive o mesmo núcleo central, determinante da conduta típica ou o mesmo elemento constitutivo⁴⁷¹.

Também enfatiza a relação ao crime tributário de sonegação fiscal e às suas correspondentes infrações administrativas pelos mesmos fatos, com previsão legal de cominação, inclusive cumulativa, de sanções de duas naturezas. Demonstra tal hipótese ao

⁴⁶⁵ Análise extraída do trabalho acadêmico de Sirlene Nunes Arêdes: ARÊDES, op. cit., 2018, p. 218.

⁴⁶⁶ Necessário salientar que não se pretende se ocupar de forma exaustiva do tema, mas tão somente indicar que o legislador consagra a independência das instâncias de forma quase absoluta.

⁴⁶⁷ Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: I - advertência por escrito; II - multa; III - suspensão do direito de dirigir; V - cassação da Carteira Nacional de Habilitação; VI - cassação da Permissão para Dirigir; VII - frequência obrigatória em curso de reciclagem. § 1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei.

⁴⁶⁸ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.

⁴⁶⁹ Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. § 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.

⁴⁷⁰ Toda a análise se encontra em: SABOYA, op. cit., p. 261-278.

⁴⁷¹ Lei nº 9.605/98: Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. [...] Decreto nº 6.514/08. Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de: I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.

examinar o contido no art. 1º, incisos I e IV, da Lei nº 8.137/90⁴⁷² e do art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 8.218/91⁴⁷³, em que se pode utilizar por ambas as leis o mesmo substrato fático na construção dos respectivos ilícitos, atrelado ao fato de que o interesse tutelado por ambos os dispositivos é idêntico: a ordem tributária, mais precisamente o seu processo de arrecadação pelo Estado e a distribuição de riquezas⁴⁷⁴.

À vista destas observações, identifica-se que a ordem jurídica brasileira reconhece a interdependência entre as instâncias em algumas situações específicas e legalmente determinadas, caracterizadas na liberalidade do Poder Legislativo⁴⁷⁵.

É no sentido de impor independência entre as instâncias que a LIA prevê em seu art. 12⁴⁷⁶ que independentemente das sanções penais, civis e administrativas que estiverem previstas na legislação específica, o indivíduo responsável pela prática do ato ilícito em que incide a norma está sujeito ainda a pena de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, entre outras nela previstas.

A Lei Anticorrupção também prevê em seu primeiro artigo que o seu teor “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, além de dispor que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.

Em termos técnicos, no Brasil pode ocorrer a absolvição de um agente público em sede de processo administrativo disciplinar e a condenação desse mesmo agente no âmbito do processo penal ou da LIA, não havendo previsão legal de uma utilização integrada das normas, de uma dedução das sanções aplicadas ou sequer do reaproveitamento de provas produzidas⁴⁷⁷.

⁴⁷² Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...] IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; [...] Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁴⁷³ Art. 4º - Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas: I - de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; II - de trezentos por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

⁴⁷⁴ SABOYA, op. cit., 2014, p. 263-264.

⁴⁷⁵ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 219.

⁴⁷⁶ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

⁴⁷⁷ DAGUER, op. cit., 2021, p. 86-87.

Merece relevo o art. 110 do Código de Processo Penal, dispondo que “nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo”, e, como bem suscitado por Rogerio Schietti Cruz, o dispositivo reconhece a regra que proíbe o julgamento de alguém que está sendo processado ou que já foi sentenciado em razão do mesmo fato⁴⁷⁸, especificamente no que pertine à seara penal.

Já o art. 8º⁴⁷⁹ do CP, “embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e perseguição penais, assevera sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido, pelo mesmo crime, pela Justiça de dois Estados soberanos”⁴⁸⁰.

No ordenamento jurídico há duas importantes exceções à regra da independência e exigência de coerência entre decisões lançadas em instâncias distintas, quais sejam, a absolvição criminal por negativa de autoria ou por inexistência do fato, previstas no art. 386⁴⁸¹, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, o que garante a vinculação das decisões proferidas nas esferas penal e administrativa somente nestes casos especificamente.

Aliada a isso, tem-se também o teor do art. 935 do Código Civil⁴⁸², o qual prevê ser isento de responsabilidade aquele indivíduo que for absolvido na jurisdição penal em razão de uma dessas espécies de sentença penal absolutória⁴⁸³, além do previsto no art. 66 do Código de Processo Penal⁴⁸⁴.

De igual modo, faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal

⁴⁷⁸ CRUZ, op. cit., p. 183.

⁴⁷⁹ Art. 8º. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

⁴⁸⁰ CRUZ, op. cit., p. 183.

⁴⁸¹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

⁴⁸² Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁴⁸³ MACHADO, op. cit., 2020, p. 13.

⁴⁸⁴ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

ou no exercício regular de direito, nos termos dos preceitos estabelecidos pelo art. 65 do diploma processual penal⁴⁸⁵, que tem a redação quase idêntica a do art. 8º da Lei nº 13.869/19⁴⁸⁶.

Com isso, ainda que se tenha compreendido que a Constituição Federal autoriza a sobreposição de normas, é certo que instâncias independentes devem se comunicar e aproveitar entre si os rumos que foram percorridos durante a investigação e processo, bem como os resultados de suas decisões e sanções impostas, tendo em vista que há unidade da ordem jurídica, assim como atualmente prevê a LIA.

3.3.2 A vinculação legal da absolvição criminal em ação regida pela LIA

Em função da reformulação trazida pela Lei nº 14.230/21, ao art. 21 da LIA foram introduzidos cinco parágrafos de suma importância para a discussão deste trabalho, de modo que a modificação legislativa buscou implementar coerência por parte do Estado na apuração dos ilícitos e de seus respectivos autores, trazendo uma relativização à independência das instâncias, bem como propondo uma atuação coordenada entre os órgãos de controle e as jurisdições cível, penal e administrativa.

Extraí-se do § 1º⁴⁸⁷ a ideia de que a independência das instâncias não é absoluta, visto que ele estabelece que “o magistrado, no momento de julgar a pretensão formulada na ação de improbidade, deve levar em consideração as manifestações prolatadas pelos órgãos de controle interno ou externo quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público”⁴⁸⁸.

No § 2º, há uma espécie de “reaproveitamento” das provas produzidas perante os órgãos de controle, pronunciando que suas correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise sobre o dolo na conduta do agente. Essa disposição é demasiadamente importante, pois determina que todo o acervo probatório já produzido em outras instâncias devem ser considerados pelo Juízo, ao prolatar a sentença.

No intuito de relativizar a independência das instâncias, o § 3º dispõe que “as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela

⁴⁸⁵ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁴⁸⁶ Art. 8º. Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁴⁸⁷ § 1º Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público.

⁴⁸⁸ NEVES; OLIVEIRA, op. cit., 2022, p. 125.

inexistência da conduta ou pela negativa de autoria”⁴⁸⁹. Com isso, passa-se a não tolerar mais a prolação de decisões conflitantes no que se refere à existência do próprio fato e do seu autor, o que colocaria em risco o princípio da segurança⁴⁹⁰.

O seu § 4º prevê que “a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no Código de Processo Penal”. É estabelecida a plena comunicação entre as instâncias e determinada a impossibilidade de propor ou prosseguir com ação de improbidade em qualquer caso de absolvição penal que for confirmada por órgão colegiado.

Partindo do princípio de que a sentença penal absolutória “é o pronunciamento declaratório que não impõe resultado definitivo ao final do processo”⁴⁹¹ e analisando de forma precisa o conteúdo do parágrafo acima, constata-se que estão englobadas todas as hipóteses de absolvição criminal, incluindo até mesmo a inexistência de provas suficientes para condenação ou não constituir o fato ilícito penal.

Por fim, o § 5º prescreve que “sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei”, aproximando-se da ideia de “compensação” proposta por Gilmar Mendes, Bruno Buonicore e Felipe De-Lorenzi.

Tal inclusão na ordem normativa brasileira é adequada e oportuna, ao passo que demonstrou a “preocupação com a coerência no exercício do *jus puniendi* estatal e com a relativização da independência das instâncias punitivas ao dispor sobre a obrigatoriedade de compensação das sanções” que forem aplicadas em outras esferas e também com aquelas previstas na LIA⁴⁹².

Em contrapartida, não há hipótese legal de compensação na seara penal caso haja condenação no âmbito da LIA e a respectiva ação penal ainda esteja em trâmite naquela jurisdição, o que pode ocasionar desproporção na aplicação das penas. Para tanto, seria interessante que a análise fosse feita independentemente da esfera, desde que houvesse outra imposição de sanção por parte de outro órgão e com relação à mesma circunstância fática.

⁴⁸⁹ Recorda Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira que “a comunicação entre as instâncias civil e penal nos casos de absolvição penal por inexistência do fato e negativa de autoria encontrava previsão nos arts. 66 e 386, I e IV, do CPP. Na esfera disciplinar, a responsabilidade administrativa do servidor também é afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, na forma do art. 126 da Lei 8.112/1990”. NEVES; OLIVEIRA, op. cit., 2022, p. 125.

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ JUNIOR, op. cit.

⁴⁹² NEVES; OLIVEIRA, op. cit., 2022, p. 126.

A referida criação legislativa decorre diretamente da observância à proporcionalidade ao preceito insculpido no art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), prevendo que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Todas essas alterações se apresentam como resposta positiva por parte do legislador, que identificou excesso na possibilidade de punições por parte do Estado e buscou atenuar abusos que eram autorizados pela lei, aperfeiçoando a sua redação. Não resolve, entretanto, que a permissão de decisões contraditórias e opostas permaneça irradiando seus efeitos em um mesmo sistema jurídico⁴⁹³, em especial quando se trata de procedimento administrativo disciplinar.

3.4 O dogma da independência das instâncias e os caminhos que a jurisprudência brasileira precisa trilhar

Ainda que a doutrina tenha avançado de forma significativa em rechaçar a independência das instâncias, ao vislumbrar o entendimento dos Tribunais superiores quando invocados a respeito da incidência do *bis in idem* no duplo sancionamento decorrente de um só ato, prevalece como argumento para impedir maiores discussões a suposta “independência das instâncias”.

Tal motivo é caracterizado pela diferença normativa para a análise do mesmo fato, podendo conter incoerência ou desproporcionalidade no julgamento de fatos e na aplicação de sanções, o que representa uma distorção para o sistema jurídico, ferindo, inclusive, a segurança jurídica, que é norma fundamental e se constitui exatamente na razão de ser da existência do direito⁴⁹⁴.

Portanto, tem-se sustentado a autonomia quase absoluta entre elas como a solução para o problema, de modo que a jurisprudência pátria se mostra reticente e tímida sobre o enfrentamento do tema, com raras exceções. Essa identificação absoluta da independência das instâncias pode transformar em isolacionismo e gerar decisões contraditórias⁴⁹⁵, além de não figurar como argumento capaz de “domesticar o odioso *bis in idem*”⁴⁹⁶.

⁴⁹³ MACHADO, op. cit., 2020, p. 136.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 128.

⁴⁹⁵ Idem.

⁴⁹⁶ TEIXEIRA; ESTELLITA; CAVALI, op. cit.

Impõe-se indicar que as decisões que aplicam a teoria da autonomia e independência das instâncias não demonstram claramente os fundamentos dessas sanções, podendo ser considerada mais dogma do que construção jurídica⁴⁹⁷.

Discorre sobre o tema Helena Regina Lobo da Costa ao evidenciar equívoco metodológico no que diz respeito à interpretação de que há uma independência absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, expondo que isso gera diversos resultados paradoxais, construindo um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade de ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna, e que portanto “o ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia”⁴⁹⁸.

Em contundente crítica à teoria da autonomia e independência das instâncias, Sirlene Arêdes concebe que ela não se mostra compatível com o modelo de Estado de Direito porque ofende o princípio da segurança jurídica, posto que há multiplicação de esferas punitivas em relação aos mesmos acusados pelo mesmo ato ilícito, além de desconsiderar a autoridade da coisa julgada e permitir manifestações da autoridade administrativa contrárias às decisões judiciais, além de desprezar a unidade do poder punitivo estatal⁴⁹⁹.

Com o intuito de subsidiar as críticas aqui formuladas, necessário se faz analisar algumas decisões proferidas pelos Tribunais superiores a respeito do tema, quando suscitadas tais questões pela defesa.

Em setembro de 2019 foi julgado o Recurso Extraordinário 976.566/PA⁵⁰⁰, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o qual discutia a questão relativa a autonomia de instâncias

⁴⁹⁷ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 221.

⁴⁹⁸ COSTA, op. cit., 2013, p. 119.

⁴⁹⁹ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 223.

⁵⁰⁰ Ementa: CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. “Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32). 2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1o) ou infração político-administrativa (artigo 4o),

e a possibilidade ou não de responsabilização penal e política administrativa decorrente do que prevê o Decreto-Lei 201/67 concomitantemente a ato de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92. A tese de repercussão geral que restou consignada foi que “o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-Lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, em virtude da autonomia das instâncias”.

A controvérsia central dizia respeito à discutir se o agente público que pratica atos de improbidade administrativa na condição de prefeito municipal fica sujeito somente às penalidades previstas no Decreto-Lei 201/67, afastando-se desse contexto os preceitos da Lei nº 8.429/92, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Por unanimidade de votos, compreendeu-se que as condutas catalogadas no art. 1º do Decreto-Lei 201/67 possuem natureza de lei penal especial, e, em outro sentido, que os atos de improbidade administrativa tem caráter civil. Decorreria, portanto, do comando constitucional, a consagração da independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal ou política, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Meses depois, em decisão monocrática proferida no âmbito da Reclamação 41.557/SP, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, concedeu a tutela liminar pleiteada para o fim de suspender o trâmite de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em que já tinha sido determinado o arquivamento de ação penal ante a inexistência de indícios de autoria, o que veio a desrespeitar o teor do julgamento do HC 158.319/SP, bem como violou o princípio do *non bis in idem*, e os seus termos foram efetivamente ratificados pela Segunda Turma, que confirmou a medida liminar.

Quando do julgamento do mencionado HC 158.319/SP, alguns meses antes, a Suprema Corte declarou a inépcia da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e trancou a ação penal por falta de justa causa, entendendo que a peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável. Outrossim, foi reconhecida a tese de negativa de autoria por se considerar inexistentes as condutas típicas a ele imputadas.

previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-Lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”. (RE 976566, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019).

Ocorre que o órgão acusatório apresentou ação civil pública por ato de improbidade administrativa utilizando idêntica narrativa da denúncia arquivada, ao passo que O Ministro Gilmar Mendes verificou que existia “não só identidade do acervo fático-probatório referido nos procedimentos, mas também franca duplicação da narrativa, por vezes utilizando as mesmas palavras” e a consequente duplicação do mesmo contexto fático e probatório nas ações penal e de improbidade.

O voto do Ministro destacou a proximidade entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, considerando que a ação civil por ato de improbidade administrativa seria uma extensão do poder punitivo estatal e, portanto, do sistema criminal. Considerou que o *bis in idem* se trata de “duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas”, entendendo que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados e que portanto é preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora.

Após empreender um delineamento demonstrando a identidade de narrativas e conjunto de fatos entre as duas demandas, defendeu que a unidade do poder punitivo do Estado impõe que os princípios da seara penal também devem ser aplicados na esfera administrativa sancionadora.

Esse foi o pontapé inicial da jurisprudência brasileira para que se discuta e reflita – com a necessária cautela – a necessidade de reconstrução do sentido e do alcance da proibição de dupla persecução, especialmente na relação Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, emergindo “importantes balizas para o fortalecimento do espectro de proteção do *ne bis in idem*, com a sinalização de premissas estruturantes em busca de um efetivo reconhecimento do direito à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa” quando a imputação se basear nos mesmos fatos e fundamentos⁵⁰¹.

Merece destaque também a decisão liminar na Reclamação 46.343/PR, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que determinou a suspensão imediata de três ações de improbidade administrativa movida contra o então presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira (Progressistas-AL) e seu pai, Benedito Lira.

⁵⁰¹ LOPES JR., Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3s5Zfc7>. Acesso em: 19 out. 2022.

Em razão de o processo se encontrar em segredo de justiça, é a partir da nota à imprensa redigida por parte da defesa técnica (disponibilizada pela Revista Consultor Jurídico⁵⁰²) do parlamentar que se pôde verificar que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido expressamente a tese de negativa de autoria, por meio de decisão que transitou em julgado, mas ocorreu o recebimento, processamento das ações e bloqueio de valores por parte dos julgadores de primeiro grau.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça tem a jurisprudência firme e a reiterada afirmação de que há autonomia e independência entre as esferas civil, penal e administrativa. Compreende que “a absolvição pela prática de atos infracionais análogos ao homicídio e à ocultação de cadáver não vinculam, via de regra, a esfera cível, em razão da independência de instâncias”⁵⁰³ ou que “ainda que tenha havido o arquivamento de procedimento abertos em sede de inquérito civil ou mesmo processo administrativo disciplinar, disso não decorre a impossibilidade de novas investigações na seara penal, diante da consabida independência entre as instâncias civil, administrativa e penal”⁵⁰⁴.

Especificamente no que concerne à sentença absolutória proferida no âmbito de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, referente aos mesmos fatos, o Ministro Rogério Schietti⁵⁰⁵ compreendeu que não cabe a alegação defensiva no sentido de que “a absolvição do réu na esfera cível deve ser estendida à ação criminal”, uma vez que a Corte tem entendimento uníssono de que há independência entre as instâncias e que no processo penal vigora o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, sendo possível que o juízo criminal conclua pela autoria e materialidade do delito ao analisar os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória.

Em se tratando de sentença criminal que reconhece negativa de autoria ou ausência do fato (art. 386, incisos I e IV, CPP), não se tem maiores discussões sobre a possibilidade de produção de seus efeitos na esfera administrativa⁵⁰⁶.

⁵⁰² REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Gilmar suspende ações de improbidade contra Arthur Lira. Disponível em: <https://bit.ly/3Phz2lA>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁵⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.837.149/PR. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. DJe 29/11/2022.

⁵⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.151/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato. DJe 18/11/2022.

⁵⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1.496.724/GO. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. DJe 20/10/2022.

⁵⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.906.641. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe 17/08/2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.375.858/SC. Relatora: Min. Regina Helena Costa, DJe 02/06/2017.

Destaca-se relevante decisão proferida no âmbito da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.847.488/SP⁵⁰⁷ interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. No caso concreto, os mesmos fatos que levaram ao oferecimento da denúncia foram objeto de ação civil pública por ato de improbidade administrativa e também ação penal na Justiça Eleitoral, de forma que ambas culminaram em absolvição.

O Tribunal de Justiça de São Paulo havia trancado ação penal, entendendo estarem ausentes os elementos mínimos para a acusação, sob o argumento de que os mesmos fatos já haviam sido apreciados na Justiça Eleitoral, que absolveu o impetrante de todas as imputações derivadas da ação penal.

Entendeu-se que “tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação”.

No que concerne à improbidade administrativa, o inteiro teor do acórdão considerou não ser possível a vinculação de sentença absolutória por improbidade administrativa na hipótese de ação pelos mesmos fatos na instância penal, visto que a sentença de absolvição por ato de improbidade não vincula o resultado da ação penal, uma vez que proferida na esfera do Direito Administrativo Sancionador, que é independente da instância penal, embora “seja possível, em tese, considerar como elementos de persuasão os argumentos nela lançados”.

No âmbito dos Tribunais de Justiça, notadamente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁵⁰⁸, constata-se haver uma mesma conformação de ideias com a independência de instâncias, não havendo nenhum enfrentamento efetivo sobre o tema lançado.

Diante da análise aqui formulada, a questão está longe de ser suficientemente enfrentada por parte dos Tribunais, que acabam reproduzindo a ideia de que há independência entre as

⁵⁰⁷ O processo tramita em segredo de justiça, no entanto, foi objeto do Informativo nº 719, de 29 de novembro de 2021. O destaque foi no sentido de que “o ajuizamento de duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, viola a garantia contra a dupla incriminação”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 719, de 29 de novembro de 2021. Quinta Turma. Disponível em: <https://bit.ly/3F94KwL>. Acesso em: 07 dez. 2022. (ver como cita informativo)

⁵⁰⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. – AÇÃO CIVIL EX DELICTO. SENTENÇA CÍVEL TRANSITADA EM JULGADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. NÃO VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL. – Recurso conhecido e não provido. (TJPR - 9ª Câmara Cível - 0052664-21.2022.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU RAFAEL VIEIRA DE VASCONCELLOS PEDROSO - J. 27.11.2022); RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INFRAÇÃO AMBIENTAL - PROJEÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - TESE REPELIDA - ABSOLVIÇÃO CRIMINAL QUE SE DEU POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (“IN DUBIO PRO REO”), PREVALECENDO, COM ISTO, A REGRA DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS - PRECEDENTES - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 5ª Câmara Cível - 0001047-29.2019.8.16.0064 - Castro - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO BRAGA BETTEGA - J. 16.05.2022);

instâncias sem se debruçar efetivamente sobre o cerne da questão, que diz respeito à inerente proximidade existente entre a repressão dada e a desproporcionalidade que pode vir a ser atribuída diante da prática de um ilícito. Defende-se a necessidade de se refletir com mais afinco nas consequências imposição de múltiplas sanções e as consequências trazidas pela falta de racionalidade na aplicação das normas.

3.5 A predileção doutrinária à seara penal em detrimento da administrativa sancionadora

É imperioso reconhecer – em mais uma oportunidade – que não são raras as hipóteses de concorrência normativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, notadamente quando se trata da tutela de bens jurídicos supraindividuais somada à complexidade das estruturas sociais da atualidade⁵⁰⁹.

Ao ver de Keity Saboya, a mera sobreposição de normas não traduz a existência de irracionalidade por parte do legislador, podendo um único recorte de fato pode subsumir-se, abstratamente, a mais de um tipo, seja penal, seja administrativo, contudo, o problema se dá em razão da acumulação de sanções penais e administrativas a partir dos mesmos fatos e fundamentos e a concorrência normativa entre as duas áreas do Direito⁵¹⁰.

Considerando que tanto a lei, quanto a doutrina e a jurisprudência compreendem de forma unânime em reconhecer a vinculação exercida pela sentença absolutória nos casos de negativa de autoria e de materialidade, vê-se que há uma predileção do sistema punitivo em favor da esfera penal⁵¹¹.

Tal afirmativa é corroborada sobretudo pela modificação legislativa trazida pela já citada Lei nº 14.230/21, que inseriu os parágrafos § § 3º e 4º na LIA, determinou que a absolvição criminal em que se discuta os mesmos fatos e que for conformada por decisão colegiada impede o trâmite de ação que engloba atos de improbidade administrativa, havendo comunicação com todos os fundamentos da absolvição previstos no art. 386 do CPP.

Isso se dá porque há especial preparo da instância penal para a instrução probatória e julgamento de ilícitos, ao passo que “absolvição ou condenação na esfera penal possui maior confiabilidade porque o resultado é obtido após ampla instrução probatória e expõe uma maior

⁵⁰⁹ SABOYA, op. cit., 2014, p. 261.

⁵¹⁰ Idem.

⁵¹¹ MACHADO, op. cit., 2020, p. 39.

garantia de credibilidade”, por conta das informações às quais o Juízo teve acesso e da garantia dos seus direitos fundamentais⁵¹².

Não se pode olvidar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal e a necessária observância a critérios mais rigorosos, seja de imputação, seja para o devido processo legal, seja para a prolatação de sentença condenatória.

É justamente por isso que o julgamento de um ilícito na esfera penal, notadamente em razão de seu caráter de intervenção mínima, de fragmentariedade e de proporcionalidade, é a última e mais severa expressão do Direito Sancionador uno, que pode – e deve – repercutir, em determinadas condições, nas órbitas cível e administrativa⁵¹³.

A jurisdição penal se consagra como “o palco mais especializado do Estado para a apuração de ilícitos, e, conseqüentemente, para aplicação de penas com base na certeza”⁵¹⁴, e as garantias do contraditório e da ampla defesa conseguem a materialização do devido processo legal consistente em uma acusação precisa, na produção de provas de interesse de ambas as partes envolvidas, na efetiva comunicação dos atos processuais, no julgamento motivado por autoridade imparcial, na efetiva defesa, na motivação fático-jurídica para sua instauração, para negativas de pedidos da defesa e, principalmente, para condenação de um indivíduo⁵¹⁵.

Para Antonio Rodrigo Machado:

a subordinação da esfera administrativa à penal decorre do fato de que o processo penal, por ser um foro punitivo por excelência, seria mais garantista no concernente à observância do direito dos indivíduos, ao passo que a esfera sancionadora administrativa, *a priori*, relega-as a segundo plano, de modo que esta última serviria como secundária em relação à pena judicial. Entende-se que, pela maior higidez apresentada no âmbito punitivo judicial, sua conclusão quanto ao ilícito, em observância ao princípio da proporcionalidade, deve prevalecer sobre a decisão sancionatória administrativa, evitando uma dupla punição por um único ato ilícito, ou seja, proibindo *bis in idem*⁵¹⁶.

Estas premissas são corroboradas por Keity Saboya⁵¹⁷, quando traz a assertiva de que “o critério mais adequado de resolução dos aspectos materiais da concorrência entre leis penais e leis administrativas sancionadoras é a aplicação da lei penal”, a partir do critério da especialidade e dos princípios da subsidiariedade e consunção.

Gilmar Mendes, Bruno Buonicore e Felipe De-Lorenzi também reconhecem a prevalência da jurisdição penal em detrimento da administrativa, uma vez que o Direito Penal é “o ramo jurídico que pode fazer uso da sanção mais severa disponível ao Estado como reação

⁵¹² MACHADO, op. cit., 2020, p. 39.

⁵¹³ JUNIOR, op. cit.

⁵¹⁴ MACHADO, op. cit., 2020, p. 44.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 46.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 95.

⁵¹⁷ SABOYA, op. cit., 2014, p. 276.

pela prática de um ilícito – a pena em sentido material – exige-se, correspondentemente, que as garantias dos cidadãos em âmbito criminal sejam especialmente robustas⁵¹⁸. Essa afirmativa se extrai a partir do reconhecimento de que a sentença penal é vinculante para outras searas quando verificada a existência de causa excludente de ilicitude no âmbito penal⁵¹⁹.

Entende-se ser plausível aguardar o trâmite na esfera da jurisdição penal antes de se ajuizar ação prevista pela LIA, para a necessária apuração, bem como para que se evite a prática de atos processuais inúteis e o consequente desperdício de verba pública, em especial quando se tratar de ação de ressarcimento contra o erário, utilizando-se por analogia o prescrito pelo art. 64 do CPP⁵²⁰.

Tendo em vista que a condenação penal é a mais gravosa dentre as existentes nos demais ramos do Direito, é correta a assertiva no sentido de que a valoração de provas e a fundamentação devem ser mais robustas, razão pela qual se entende pela sua prevalência.

3.6 A necessária observância aos critérios de proporcionalidade na atribuição das sanções penal e administrativa

Partindo das reflexões desenvolvidas nos itens anteriores, viu-se que apesar de não ser o mais aceito em termos de garantias fundamentais e dogmática penal, a independência entre as instâncias ainda vigora, tornando possível a incidência da jurisdição penal e administrativa sancionadora com relação à prática de apenas um ato considerado corrupção e improbidade. Para tanto, busca-se o estabelecimento de critérios de proporcionalidade na atribuição destas sanções, a partir da gravidade da conduta praticada.

A proporcionalidade se encontra na base do Estado Democrático Constitucional e é utilizada com frequência como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, notadamente quando houver colisões de direitos fundamentais e entre estes e interesses da coletividade⁵²¹.

Na acepção de Miguel Reale Júnior, o art. 3º da Constituição figura como um dos objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade justa, o que importa na

⁵¹⁸ MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

⁵²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, e-Book, p. 91.

“exigência de leis justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, adequadas, razoáveis por guardarem a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos em vista da defesa de interesses da sociedade”⁵²².

Marion Bach refere-se à proporcionalidade tratando-a como “instrumento de controle de excesso de poder” e como “filtro tendente a permitir e vigiar a intervenção (razoável) do Estado sancionador na seara dos direitos fundamentais do autor do fato ilícito”, seja qual for a natureza deste fato⁵²³.

Nessa acepção, assevera que o princípio da proporcionalidade se consubstancia em pauta de natureza axiológica que “emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”⁵²⁴.

Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que o princípio da proporcionalidade tem por objetivo adequar os meios aos fins entre as medidas utilizadas e as necessidades que devem ser atingidas pelo direito público, estando ele presente como “elo de validade dos atos praticados por toda atividade do Estado”⁵²⁵.

Paralelamente à ideia de função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção estatal, também se desenvolveu o pressuposto de que o Estado está “vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia)”⁵²⁶, assim, “deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente”⁵²⁷.

Isso é o que se chama de dupla face do princípio da proporcionalidade, a qual passa a atuar “como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção”⁵²⁸.

Virgílio Afonso da Silva⁵²⁹ subdivide a regra da proporcionalidade em três sub-regras, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que

⁵²² REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book, p. 23.

⁵²³ BACH, op. cit., p. 187.

⁵²⁴ Ibidem, p. 204.

⁵²⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 103.

⁵²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, e-Book, p. 101.

⁵²⁷ Idem.

⁵²⁸ Idem.

⁵²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 798, pp. 53-50, 2002, p. 35 e ss.

a análise das duas primeiras precedem a terceira, mas nem sempre a regra implica a análise das três. Segundo seus ensinamentos⁵³⁰:

é justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade⁵³¹.

Os referidos subprincípios, que são independentes e devem ser aplicados de forma sucessiva e subsidiária⁵³², cumprem a função de atribuir significância jurídica e aplicabilidade concreta ao princípio da proporcionalidade, tornando-o funcional, e compondo “uma relação jurídica triangular entre *motivo*, *meio* e *fim*, conferindo a estrutura necessária para que os atos estatais sejam *controlados*, de modo a não restringir desproporcionalmente direitos fundamentais”⁵³³.

Sobre a definição de tais critérios, também adotados por Helena Regina Lobo da Costa⁵³⁴, pode-se dizer que o juízo de adequação tem o escopo de impor que a medida estatal adequada deve ser idônea à finalidade que se pretende alcançar, de forma que a cumulação de sanções é, em princípio, um meio que fomenta ou promove os fins de retribuição ou prevenção de comportamentos.

A necessidade diz respeito a uma “análise comparada sobre a eficiência das possíveis soluções, impondo que se escolha a menos gravosa aos interesses privados”⁵³⁵, razão pela qual, por esse crivo, a cumulação de sanção administrativa e penal não passa⁵³⁶.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, este equivale ao juízo de ponderação entre os interesses em concorrência, visto que “é através dele que se aufere a *justa medida* entre meios e fins”⁵³⁷, complementando os substratos da adequação e da necessidade, tornando-se etapa essencial da aplicação do princípio da proporcionalidade, “pois, mesmo que uma medida seja adequada e necessária, pode levar à conclusão final de que a intervenção pretendida não se afigura *equilibrada* quando sopesados os valores e bens afetados”⁵³⁸.

⁵³⁰ COSTA, op. cit., 2013, p. 222-223.

⁵³¹ SILVA, op. cit., 2002, p. 34.

⁵³² BACH, op. cit., p. 210.

⁵³³ Ibidem, p. 209.

⁵³⁴ COSTA, op. cit., 2013, p. 222-223.

⁵³⁵ Ibidem, p. 224.

⁵³⁶ Idem.

⁵³⁷ BACH, op. cit., p. 212.

⁵³⁸ Ibidem, p. 213.

Partindo das constatações acima, evidencia-se ser o princípio da proporcionalidade um princípio do Direito, não relacionado a um âmbito ou instância, mas ao Direito como um todo⁵³⁹, o que evidencia a importância de ser observado na seara sancionadora do Estado, de modo que o Direito Penal e o Direito Administrativo estão atrelados à noção de proporcionalidade, em sentidos diversos: a um, em sua consideração a partir da eleição das condutas sancionáveis, ou seja, “o legislador, quando da escolha das condutas que serão *criminalizadas* ou *administrativamente* sancionadas, deve observar a proporcionalidade”⁵⁴⁰, a dois, ela deve ser considerada no “momento da *escolha de quais – e em que medida/quantidade – sanções serão impostas* àquele que realiza a conduta sancionável”⁵⁴¹.

Por consequência, o legislador está vinculado – não somente, mas também – à proporcionalidade no momento de selecionar quais condutas irá sancionar, eleger através de qual âmbito do direito – se penal ou administrativo – irá sancionar tal comportamento, eleger o tipo (espécie) de sanção e decidir o tamanho/a quantidade da sanção que poderá ser imposta⁵⁴².

Além disso, compreende-se que o Poder Judiciário⁵⁴³ também pode realizar um filtro de proporcionalidade no que se refere à atuação do legislador ou à atividade do Poder Executivo, em caso de excessos, servindo seus preceitos “como ferramenta de contenção dessa incongruência, imprimindo limites ao poder de aplicar sanção e promovendo adequabilidade entre as decisões”⁵⁴⁴.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal entende o princípio da proporcionalidade como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, o que se extrai do julgamento da Medida Cautelar em Habeas Corpus 106.442/MS, compreendendo-se que “o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso

⁵³⁹ BACH, op. cit., 213.

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 214.

⁵⁴¹ Idem.

⁵⁴² Ibidem, p. 231.

⁵⁴³ “O Supremo Tribunal Federal tem sufragado o entendimento de que todos os atos emanados pelo poder público – incluindo, evidentemente, os atos provenientes da Administração Pública – estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de proporcionalidade e, como resultado prático, está a possibilidade de invalidação de sanções administrativas desproporcionais. Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça compreende que sanções administrativas não se aplicam de forma automática e discricionária, posto que estão vinculadas às normas e princípios que norteiam a atividade punitiva e que são assegurados (inclusive) através da atuação do Poder Judiciário. Em singelas linhas, portanto, o que se está a afirmar é que o Poder Judiciário não obstante não possa desenfreadamente sobrepor suas decisões sobre as decisões administrativas, inclusive por respeito ao princípio de separação entre os poderes, está autorizado – e obrigado – a intervir para corrigir ilegalidade que, por (muitas) vezes, está atrelada à ausência de proporcionalidade no exercício sancionatório estatal. [...] o Poder Judiciário pode – e deve – rever decisões judiciais que violaram a proporcionalidade ao sancionar determinado cidadão. Isso pode ocorrer no âmbito penal, quando há violações à proporcionalidade na aplicação da pena, bem como pode ocorrer no âmbito do direito administrativo sancionador, quando os julgadores impõem sanções relacionadas à Lei de Improbidade Administrativa e à Lei Anticorrupção”. Ibidem, p. 243-245.

⁵⁴⁴ MACHADO, op. cit., 2020, p. 141.

do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo”, atuando como “verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”.

Ao considerar a severidade das sanções atribuídas na esfera da LIA somadas às sanções penais de privação de liberdade, restrição de direitos e multa, tendo em vista a autorização da imposição de dois processos e a possibilidade de duas condenações, é necessária uma análise sob a perspectiva da proporcionalidade a partir da conduta que foi praticada pelo indivíduo em detrimento da resposta estatal fornecida pelas instâncias de responsabilização.

Assim há de se estabelecer que “não é possível descurar da necessidade de que o ilícito praticado pelo agente guarde mínimo de proporcionalidade a reclamar a punição”⁵⁴⁵ e, em outros termos “é preciso se reconhecer que a ofensividade da lesão verificada com a prática da conduta guarde correspondência de proporcionalidade com a intensidade da interferência no direito fundamental que a aplicação da sanção representa na esfera pessoal do condenado”⁵⁴⁶.

Diante da específica questão relativa ao reconhecimento do *ne bis in idem* entre as searas penal e administrativa, parece adequado sustentar que a proporcionalidade se mostra fundamento firme e seguro para buscar uma resolução, uma vez que ela impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo⁵⁴⁷.

A possibilidade de se ter duplas – ou múltiplas – sentenças com relação a um mesmo ato ilícito, traz insegurança jurídica e não garante um mínimo de racionalidade às decisões estatais, visto que possibilita decisões contraditórias⁵⁴⁸ e também desproporcionais. É sob essa ótica que Helena Regina Lobo da Costa concebe o princípio da proporcionalidade como fundamento jurídico direto do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa⁵⁴⁹.

O princípio do *ne bis in idem* material está ligado aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, pois se a exigência da *lex praevia* e da *lex certa* impõe a necessidade de garantir aos cidadãos o conhecimento prévio do conteúdo da reação punitiva ou sancionatória do Estado perante o eventual cometimento de um ato ilícito, tal tarefa de garantia seria inútil se esse mesmo ato, e pelo mesmo motivo, pudesse ser sujeito a uma nova sanção, o que acarretaria uma punição desproporcional da conduta ilícita.

Por isso, o elemento em que consiste a igualdade é a chave que define o sentido do princípio: não há lugar para dupla punição de um mesmo sujeito pelo mesmo ato quando a

⁵⁴⁵ ALAN, op. cit., *e-Book*, p. 271.

⁵⁴⁶ Idem.

⁵⁴⁷ COSTA, op. cit., 2013, p. 216.

⁵⁴⁸ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 229.

⁵⁴⁹ COSTA, op. cit., 2014, p. 237.

punição se baseia no mesmo conteúdo abusivo, ou seja, sobre a lesão do mesmo direito legal ou do mesmo interesse protegido⁵⁵⁰.

Diante disso, é certo que toda e qualquer intervenção estatal a um direito fundamental deve ser justificada, ao passo que a proporcionalidade se presta para verificar (também) se há proporcionalidade na imposição de sanção ou não. No caso de sobreposição normativa com relação a um mesmo fato, a proporcionalidade surge como figura imprescindível e análise a ser realizada pelo Juízo.

⁵⁵⁰ Trecho original: "[...] El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* impone la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.[...]" SÁNCHEZ, op. cit., 2014, p. 535-536.

4 A INCIDÊNCIA DA SOBREPOSIÇÃO NORMATIVA A PARTIR DE UM ILÍCITO: AÇÃO PENAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS FACETAS DOGMÁTICAS

Com o anterior desenvolvimento da presente pesquisa, buscou-se proporcionar um caminho adequado para aferir respostas congruentes no que se refere à aplicação das normas de Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa, sem se levar em consideração as demais normativas que podem incidir, como a Lei Anticorrupção ou as normas administrativas que ensejam procedimentos administrativos disciplinares.

Neste último capítulo, serão finalmente analisados os dispositivos pertinentes, bem como a incidência do *bis in idem* transversal na atuação concomitante das duas jurisdições, tendo em vista a proximidade entre as sanções administrativas e penais e a aplicação de garantias fundamentais não somente ao Direito Penal, mas ao poder punitivo como um todo.

Ainda, serão analisadas decisões prolatadas por Cortes Europeias, que concebe o *ne bis in idem* a partir de vertentes distintas, figurando como direito fundamental expressamente reconhecido no art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. O tema já foi amplamente abordado e a intersecção entre as searas penal e administrativa sancionadoras foram objeto de decisões que merecem análise.

Objetiva-se, portanto, neste último capítulo, integralizar todos os elementos trazidos anteriormente, para buscar uma resposta ao problema introduzido na pesquisa. Diante da estratégia adotada para o enfrentamento do tema, nesse passo impõe-se verificar qual(s) fundamento(s) dogmático(s) é/são mais adequado(s) para garantir a imposição de uma sanção justa e adequada quando da prática de um ato ilícito entendido por corrupção.

4.1 Ação penal e ação civil pública em decorrência de um só ato: a incidência do *bis in idem* em atos de corrupção

Diante da construção lógica traçada na presente pesquisa, apresenta-se o seguinte questionamento: ocorre *bis in idem* processual, material e/ou transversal quando propostas concomitantemente ação penal e ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra a mesma pessoa e com relação ao mesmo fato?

É cediço que a partir da atual conjuntura legislativa pátria, nota-se a tipificação de vários ilícitos que dizem respeito a um mesmo fato, previstos como crime, infração administrativa e ilícito civil, havendo, inclusive, em alguns casos, a repetição de comandos normativos com alteração das sanções impostas⁵⁵¹, e, em outros casos, subsistem a identidade quanto aos sujeitos responsáveis, aos fatos puníveis e ao fundamento da punição.

Significa dizer que se analisado sincronicamente todo o ordenamento jurídico, uma mesma pessoa pode ser punida diversas vezes pela prática de apenas um ato, ainda que se defenda serem independentes as instâncias de punição.

Partindo do pressuposto de que o ato de corrupção previsto no art. 317 do CP, somado aos atos de improbidade administrativa previstos na LIA tem como objetivo punir uma mesma conduta, imperioso concluir que as punições que são impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por autoridades distintas, caracterizam *bis in idem*⁵⁵², até porque ambas dizem respeito à sanção de natureza eminentemente repressiva e que, especificamente com relação a elas, perseguem uma mesma finalidade: a função de proteção de bens jurídicos⁵⁵³, nesse caso, a Administração Pública.

Com isso, ao se considerar que a finalidade da garantia do *ne bis in idem* é a de evitar que o poder punitivo seja utilizado de forma desmedida, impõe-se ao Estado amarras ao exercício de sua atividade sancionatória⁵⁵⁴, sob pena de intromissão exacerbada na esfera individual dos cidadãos.

Tendo em vista que o propósito da sanção civil é punir, apesar de sua configuração ser decorrente do processo civil, o autor Marcos Vinícius Pinto entende que ele não está paramentado para lidar com sanções punitivas, o que torna a condenação mais simplificada, fato este que confere relevância à necessidade de se identificar uma sanção civil punitiva e consequentemente provê-lo com garantias condizentes com quem está sendo alvo de um prodimento de cunho sancionatório, como ocorre no processo penal⁵⁵⁵.

A resposta que parece mais adequada parte de Sandro Dezan, o qual compreende que “o cerne de todo o debate está na assertiva de que subsistemas sancionadores distintos cujas normas protegem a mesma objetividade jurídica são incompatíveis com mais de uma sanção

⁵⁵¹ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 206.

⁵⁵² ARÊDES, op. cit., 2018, p. 224.

⁵⁵³ DEZAN, op. cit., p. 44.

⁵⁵⁴ PINTO, op. cit., 2022, p. 361.

⁵⁵⁵ PINTO, op. cit., 2022, p. 60.

para o mesmo fato”⁵⁵⁶, ou seja, haver duas tipificações para um único objeto jurídico gera *bis in idem*.

Nesse aspecto, assume particular relevância quando se trata de verificar a convivência, em determinado sistema normativo, de duas esferas de sancionamento estatal, notadamente a administrativa e a penal, uma vez que inúmeras as situações em que o comportamento humano pode violar, ao mesmo tempo, normas administrativas e penais, passando a incidir a atividade sancionadora do Estado em cada uma delas⁵⁵⁷.

É extremamente controverso o entendimento a respeito da existência ou não de *bis in idem* entre processos ou punições de igual ou distinta natureza pelo mesmo fato, na medida em que por meio da análise do previsto no art. 36 § 4º, da CF, grande parcela da doutrina compreende que não há violação ao sistema e nem *bis in idem*⁵⁵⁸, como, por exemplo, Rogerio Schietti Cruz, que alega inexistirem dúvidas quanto à possibilidade de acúmulo de sanções administrativas e penais, “que possuem áreas de atuação distintas e independentes”⁵⁵⁹.

Em contrapartida, há quem entenda ser possível defender a ideia de que há *bis in idem* sem vulneração do aludido texto constitucional, sendo forçoso reconhecer inclusive que o ordenamento jurídico brasileiro aprova a dupla persecução em algumas circunstâncias⁵⁶⁰. Parece adequado o entendimento de Sirlene Arêdes Nunes, ao ponderar que “tendo em vista a identidade ontológica dos ilícitos, a reiteração punitiva caracteriza *ofensa à proibição de excesso*”⁵⁶¹.

Não raras vezes, o órgão acusatório (Ministério Público Estadual ou Federal), utiliza de forma desmedida os mecanismos da Lei de Improbidade Administrativa em desfavor de agentes públicos e políticos, em razão de o processo civil ser mais simplificado, não depender de tanta dilação probatória e nem se submeter às mesmas garantias do processo penal. Além disso, não raras vezes pautam-se em critérios abstratos – como a moralidade administrativa – para a aplicação das sanções nela previstas, como a perda da função pública, o ressarcimento de valores, o pagamento de multa civil e a suspensão de direitos políticos, tornando inelegível o imputado.

Isso ocasionou um desvirtuamento do instituto da improbidade, que passou a ser utilizado pelo fiscal da lei como forma de pressionar e controlar a adoção de políticas públicas,

⁵⁵⁶ DEZAN, op. cit., p. 55.

⁵⁵⁷ CRUZ, op. cit., p. 222.

⁵⁵⁸ PINTO, op. cit., 2022, p. 358-359.

⁵⁵⁹ CRUZ, op. cit., p. 233.

⁵⁶⁰ PINTO, op. cit., 2022, p. 358-359.

⁵⁶¹ ARÊDES, op. cit. 2018, p. 230.

além de se utilizar do instituto da improbidade com fins políticos e eleitorais⁵⁶². As alterações legislativas da já mencionada Lei nº 14.230/21 objetivaram impor critérios mais rigorosos para o ajuizamento das ações de improbidade administrativa, retirando a modalidade culposa do denominado ato ímprobo, e também afastando a possibilidade de condenação por omissão⁵⁶³.

Entende-se ser papel do Ministério Público velar pela unidade de sua atuação, “resguardando critérios coerentes e harmônicos no enfoque penalístico ou administrativista da matéria”, assim como ensina Fábio Medina Osório, dispondo que essa é uma tendência de tutelar os fatos de forma coerente, segura, racional e harmônica”⁵⁶⁴.

Noutro vértice, quando pensamos em uma perspectiva de Direito Penal e a solicitação ou recebimento de vantagem indevida por parte do agente público, perfazendo o tipo previsto no *caput* art. 317 do CP, tem-se a possibilidade de imposição de uma pena de reclusão que varia de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Ou seja, pode ser cabível o instituto do acordo de não persecução penal ou, a depender do caso concreto, a pena poderá ser substituída por restritiva de direitos. Portanto, a sanção a ser aplicada, pode ser muito mais branda.

À título exemplificativo, um mesmo ato em que há o recebimento de vantagem indevida por parte de um agente público, pode caracterizar tanto o disposto no art. 317 do CP quanto o que prevê o art. 9º, inciso I, da LIA. Assim, após os trâmites das respectivas demandas, duas sanções podem ser impostas em razão dos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos. Tal fato pode gerar *bis in idem* material e transversal, ao se considerar a imposição de dupla sanção com caráter eminentemente repressivo em instâncias distintas.

Em abordagem semelhante, para melhor ilustrar a questão, Mariana Nogueira Michelotto discorre sobre a incidência do *bis in idem* com relação à pena de multa aplicada na seara penal e na seara da improbidade administrativa, tendo em vista o contido no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁶⁵ e àquela prevista no CP.

A autora concebe que a aplicação da multa, em razão de interferir em direitos fundamentais do indivíduo, não pode ser excessiva e deve ser fundamentada pelo magistrado, em atenção ao princípio da proporcionalidade, assim, essa proporção deve observar uma relação entre a infração e a sanção, sendo fixada de forma correspondente à gravidade do delito praticado. Considera que a multa civil prevista na LIA possui natureza repressiva e pode ser

⁵⁶² DIAS, Joelson; MENEZES, Ubiratan. Possíveis consequências jurídicas das novas disposições da Lei de Improbidade. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3Wwg6Cd>. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁵⁶³ Idem.

⁵⁶⁴ OSÓRIO, op. cit., 2015, p. 344-345.

⁵⁶⁵ MICHELOTTO, op. cit., p. 54 e ss.

comparada à multa penal nesse ponto, tendo a mesma finalidade perante o indivíduo, que é a de castigá-lo⁵⁶⁶.

Portanto, em suas considerações, as duas sanções pecuniárias, quando aplicadas cumulativamente, podem violar o *ne bis in idem*, uma vez que “haverá aplicação de multas com a mesma natureza aflitiva em duas esferas, contra o mesmo indivíduo e pela prática dos mesmos fatos”⁵⁶⁷.

Nesse aspecto, a aplicação da multa interfere em direitos fundamentais do indivíduo, não podendo ser excessiva e devendo ser devidamente fundamentada pelo magistrado quando da sua aplicação, em respeito e observância ao princípio da proporcionalidade. Assim, conclui que “a proporção deve observar uma relação entre a infração e a sanção, ou seja, a multa fixada deve corresponder à gravidade do delito praticado”⁵⁶⁸.

Compreende-se haver *bis in idem* material e transversal entre o sancionamento pela prática do mesmo ato quanto incidir as sanções penais e administrativas sancionadoras decorrentes do Código Penal e do Direito Administrativo Sancionador, razão pela qual devem-se buscar possíveis soluções para neutralizar ou, ao menos, minimizar as lesões às garantias fundamentais dos indivíduos submetidos à essa intervenção.

4.2 O *ne bis in idem* nas Cortes Internacionais

Empreendida análise com base no contexto brasileiro, impõe-se trazer à baila a visão dos Tribunais Europeus, em especial o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol no que diz respeito ao princípio do *ne bis in idem* e sua incidência na intersecção entre as esferas penal e administrativa.

Entendido como direito fundamental expressamente reconhecido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê, em seu art. 50, que ninguém pode ser julgado ou punido penalmente, mais de uma vez, pelo mesmo delito praticado, de modo que os julgados estão alicerçados neste dispositivo.

⁵⁶⁶ MICHELOTTO, op. cit., p. 85-86.

⁵⁶⁷ MICHELOTTO, op. cit., p. 86.

⁵⁶⁸ MICHELOTTO, op. cit., p. 85.

4.2.1. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem competência para analisar violações dos direitos civis e políticos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e seus protocolos adicionais para os Estados Parte. Em suma, a sua atuação abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidos⁵⁶⁹. A sua jurisprudência possui grande destaque na análise do disposto no art. 4º, do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O mais paradigmático caso a ser trabalhado é *Engel and Others v. Netherlands*, julgado em 08 de junho de 1976⁵⁷⁰, em que foram estabelecidos pelo TEDH os intitulados “critérios de Engel”, utilizados para identificar e determinar qual o caráter da sanção que é atribuída.

No caso concreto, soldados holandeses que haviam recebido em seu país sanções de gênero – em tese – disciplinar, recorreram à Corte para que fosse reconhecido seu caráter de sanção penal de tais imposições, de modo a lhes conferir as garantias processuais que haviam sido suprimidas⁵⁷¹.

Por conseguinte, a compreensão dada pela Corte foi no sentido de que “a classificação que é dada pelo legislador não é determinante, ou seja, não é vinculante”, ao passo em que foram estabelecidos critérios para identificar a natureza jurídica da sanção, quais sejam: (i) qualificação jurídica da natureza da infração, isto é, como ela é caracterizada formalmente pela legislação interna; (ii) análise material da natureza da infração; e (iii) análise de seu grau de severidade.

Assim, a jurisprudência firmou-se no seguinte sentido:

A qualificação fornecida pelo direito interno de um ilícito como penal ou administrativo não é determinante para definir a aplicabilidade das garantias penais da Convenção. Isto ocorreu visando a evitar possíveis burlas à aplicação do tratado, já que, se fosse adotada uma concepção formal puramente baseada na qualificação do ilícito pelo direito interno, os membros poderiam utilizar sanções extremamente gravosas, desde que não de natureza (formalmente) penal, sem ter de se submeter às exigências do Convênio daquele campo⁵⁷².

⁵⁶⁹ Qualquer Estado Parte pode submeter ao Tribunal a prática de violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outro Estado Parte. Além disso, “o Tribunal pode receber também petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado Parte dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. Os Estados Parte, ao assinarem a Convenção, comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito. Note-se que a apreciação do Tribunal não está restrita a queixas submetidas por nacionais dos Estados Parte, antes abrangendo qualquer pessoa dependente da jurisdição do Estado em causa. A pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode também emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos”. DGPJ. Conselho da Europa. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://bit.ly/3umJjUg>. Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁷⁰ Íntegra da decisão pode ser acessada em: <https://bit.ly/3hDaOGc>.

⁵⁷¹ BACH, op. cit., p. 261.

⁵⁷² COSTA, op. cit., 2014, p. 192.

Salienta Helena Regina Lobo da Costa⁵⁷³ que esta abordagem promoveu uma verdadeira integração entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, uma vez que estendeu a proibição do *bis in idem* a hipóteses nas quais haja cumulação de sanção penal e sanção administrativa aos mesmos fatos, desde que a sanção administrativa se caracterize como penal.

Merece destaque também o caso *Öztürk vs. Alemanha*, em que o TEDH afirmou que “ofensa administrativa relativa às normas de trânsito equivaleria à matéria de natureza criminal, por serem aquelas regras gerais dirigidas não para um determinado grupo, mas para todos os cidadãos na qualidade de usuários de estradas”⁵⁷⁴.

Tem-se também o caso *Sergey Zolotukhin vs. Rússia*⁵⁷⁵, além de reforçar a adoção dos critérios Engel, também condenou o Estado russo ao pagamento de danos morais à Sergey. Isso porque, em razão da prática de uma conduta, Sergey Zolotukhin foi julgado e condenado pelo Tribunal Distrital Gribanovskiy pelo ilícito disposto no art. 158 do Código das Contra-Ordenações, decisão confirmada por Tribunal, e cumpriu detenção de três dias.

Posteriormente, o mesmo indivíduo foi denunciado pelo delito de desacato/resistência, previsto no art. 213, § 2º, b, do CP, ocasião em que reclamou perante a Corte e sustentou que, em verdade, a sua condenação anterior já teria satisfeito os critérios que foram estabelecidos pela jurisprudência da Corte sobre a interpretação de “infração penal”, de modo que “a sanção anteriormente imposta, não obstante classificada como sendo de Contra-Ordenação, tinha, em verdade, natureza penal. A Corte acolheu a argumentação e vetou, em nome do princípio do *ne bis in idem*, a impossibilidade de imposição de nova pena”⁵⁷⁶.

A jurisprudência do TEDH é mantida no sentido de reconhecer a unicidade do poder punitivo estatal.

⁵⁷³ COSTA, op. cit., 2014, p. 193.

⁵⁷⁴ LOPES JR.; SABOYA, op. cit.

⁵⁷⁵ Sentença disponível em: <https://bit.ly/3WtCsUV>. D. Summary of findings and conclusion 120. The Court has found above that the applicant was convicted of “minor disorderly acts” in administrative proceedings which are to be assimilated to “penal procedure” within the autonomous Convention meaning of this term. After his conviction became “final”, several criminal charges were raised against him. Of those, a majority referred to the applicant’s conduct at different times or in different locations. However, the charge of “disorderly acts” referred to precisely the same conduct as the previous conviction of “minor disorderly acts” and also encompassed substantially the same facts. 121. In the light of the foregoing, the Court considers that the proceedings instituted against the applicant under Article 213 § 2 (b) of the Criminal Code concerned essentially the same offence as that of which he had already been convicted by a final decision under Article 158 of the Code of Administrative Offences. 122. There has therefore been a violation of Article 4 of Protocol No. 7.

⁵⁷⁶ BACH, op. cit., p. 264.

4.2.2. O Tribunal de Justiça da União Europeia

Por seu turno, o Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁷⁷ tem como objetivo julgar processos diretos contra os Estados-Membros ou uma instituição, órgão ou organismo da União Europeia (UE), proferindo uma decisão contra os Estados ou instituições que não tenham cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do direito da UE.

Marion Bach⁵⁷⁸ analisa que assim como o TEDH, o TJUE também entende que o reconhecimento ou não da violação à proibição do *bis in idem* depende de uma análise que vai além da mera classificação que é dada pelo legislador interno, assim, o TJUE considera, para tal análise, a identidade dos fatos materiais, o caráter e a função social da sanção.

No ano de 2018, o TJUE se debruçou sobre a matéria e julgou três casos importantes provenientes do direito italiano. Em primeiro lugar, o caso *Enzo Di Puma vs. Antonio Zecca* (Processos C-596/16 e C-597/19), popularmente conhecidos como “Di Puma e Zecca”, foram julgados conjuntamente pela Grande Secção do Tribunal de Justiça⁵⁷⁹. No caso concreto, Enzo di Puma e Antonio Zecca tiveram sanções pecuniárias aplicadas pelo Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) em razão da suposta prática do abuso de informação privilegiada, fato tipificado tanto como sanção administrativa quanto penal naquele ordenamento.

Acontece que, anterior a isso, houve sentença penal absolutória e transitada em julgada em razão dos mesmos fatos que tinham sido imputados pela Consob, compreendendo que o fundamento de que os fatos constitutivos da infração não estavam provados⁵⁸⁰. Dessa forma, por força do *ne bis in idem* e do teor do art. 50 da Carta, o Tribunal compreendeu que o campo de aplicabilidade do princípio também incide quando houver sentença absolutória anterior e não somente quando um indivíduo sofrer condenação penal.

Já o caso *Luca Menci* (Processo C-524/15⁵⁸¹), julgado em 20 de março de 2018, discutia a seguinte situação: Luca Menci, um empresário individual que deixou de pagar valor devido

⁵⁷⁷ EUROPARL. Competências do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <https://bit.ly/3uqRrTm>. Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁷⁸ BACH, op. cit., p. 268.

⁵⁷⁹ Dispositivo: O artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado), lido à luz do artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional segundo a qual não se pode dar seguimento a um procedimento de sanção administrativa pecuniária de natureza penal após ter sido proferida uma sentença penal de absolvição transitada em julgado que declarou que os factos suscetíveis de constituir uma infração à legislação relativa ao abuso de informação privilegiada, com base nos quais tinha também sido instaurado este procedimento, não tinham sido provados.

⁵⁸⁰ TEIXEIRA; ESTELLITA; CAVALI, op. cit.

⁵⁸¹ Disponível em: <https://bit.ly/3v01ZsW>.

por tributo (Imposto sobre o Valor Acrescentado – IVA), foi punido com a sanção de multa pelo atraso, a qual foi aplicada pela Administração italiana. Ao término do procedimento administrativo, o órgão acusatório instaurou processo penal pelo mesmo fato, ou seja, em razão do não pagamento do tributo, entendendo que teria havido a prática de crime tributário.

Dessa forma, o processo foi apreciado pelo TJUE, ocasião em que foram estabelecidas condições a serem observadas para se evitar condenação desmedida frente à gravidade do ilícito praticado. Restou decidido que a instauração de um procedimento penal após a aplicação de sanção administrativa é, a princípio, autorizada, desde que esse complexo normativo preencha as seguintes condições, que constam expressamente na sentença, quais sejam:

- a) visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, a saber, a luta contra as infrações em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, devendo esses procedimentos e essas sanções ter finalidades complementares,
- b) conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional resultante de um cúmulo de procedimentos aos envolvidos; e
- b) prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa⁵⁸².

O entendimento é o de que o Poder Judiciário, diante das circunstâncias do caso concreto, deve verificar se o conjunto sancionatório não é desproporcional frente à gravidade do fato praticado⁵⁸³⁵⁸⁴. Restou definido que: “em medida o princípio *ne bis in idem* é aplicável quando as legislações de alguns Estados-Membros permitem o cúmulo das sanções administrativas e das sanções penais para punir os não pagamentos do IVA”.

Por fim, o caso *Garlsson Real State AS* (Processo C 537-16⁵⁸⁵) discute atos de manipulação de mercado por parte de uma empresa. Na situação, a Consob aplicou sanção administrativa pecuniária solidariamente à Stefano Ricucci, Magiste Internacional AS e Garlsson Real State AS. O Tribunal de Recurso de Roma manteve a condenação e apenas reduziu o valor da sanção.

Daí que esse mesmo fato deu ensejo à propositura de processo criminal, o qual culminou na condenação de Stefano Ricucci à pena de quatro anos e seis meses de prisão, que foi

⁵⁸² INFOCURIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. Processo C-524/15. Disponível em: <https://bit.ly/3v01ZsW>. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁸³ BACH, op. cit., p. 270.

⁵⁸⁴ “[...] Cabe ao órgão jurisdicional nacional certificar-se, tendo em conta o conjunto de circunstâncias no processo principal, de que o encargo que resulta concretamente para a pessoa em causa da aplicação da regulamentação nacional em questão no processo principal e do cúmulo de procedimentos e de sanções que esta autoriza não é excessivo face à gravidade da infração cometida.[...]”.

⁵⁸⁵ INFOCURIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. Processo C-537/16. Disponível em: <https://bit.ly/3YAAcx6>. Acesso em: 12 dez. 2022.

posteriormente reduzida para três anos e, por fim, extinta por indulto, tendo transitado em julgado.

O cerne da discussão transitava em torno do disposto no art. 50 da Carta, lido à luz do art. 4º, do Protocolo nº 7 da CEDH, buscando compreender se houve compatibilidade entre ambos os procedimentos administrativo e judicial, e se eles possuem a *natureza* penal.

Durante o desenvolvimento da sentença, menciona-se que a aplicação do art. 50 da Carta não se limita apenas aos procedimentos e sanções qualificados como penais pelo Direito nacional, mas “estende-se – independentemente dessa qualificação – aos procedimentos e às sanções que devem ser considerados de natureza penal com base nos outros dois critérios”, que seriam a natureza da infração e o seu grau de severidade. Em suma, a qualificação jurídica formal da infração (penal ou administrativa) não é o elemento decisivo para definir se há *bis in idem* ou não⁵⁸⁶.

Assim, analisaram que a sanção administrativa possui finalidade repressiva com natureza penal, além de apresentar um nível de severidade elevado em razão da previsão legal do montante a ser aplicado. Interessante aspecto destacado na sentença diz respeito à exigência de atuação conjunta entre os procedimentos, que são conduzidos de forma independente, tornando desproporcionais as sanções aplicáveis.

Restou definido que o cúmulo de procedimentos e sanções em razão de um mesmo fato fere o disposto no art. 50 da Carta, mas que deve ser verificado se há justificativa para ela no caso concreto. Assim:

o cúmulo de sanções de natureza penal deve ser sujeito a regras que permitam garantir que a severidade do conjunto de sanções aplicadas corresponde à gravidade da infração em causa, decorrendo esta exigência não só do artigo 52.o, n.o 1, da Carta mas também do princípio da proporcionalidade das penas consagrado no seu artigo 49.o, n.o 3. Estas regras devem prever a obrigação de as autoridades competentes, em caso de aplicação de uma segunda sanção, assegurarem que a severidade do conjunto de sanções aplicadas não exceda a gravidade da infração constatada⁵⁸⁷.

Viu-se que o TJUE estabeleceu parâmetros interessantes no que diz respeito à interpretação e aplicação da proibição ao *bis in idem*, de modo que não firmou o entendimento de que a duplicidade de procedimentos administrativo e penal automaticamente acarretaria lesão ao princípio, mas que é importante que se avalie caso a caso, estabelecendo assim critérios importantes, os quais podem ser utilizados, inclusive, como fonte para o Brasil.

⁵⁸⁶ TEIXEIRA; ESTELLITA; CAVALI, op. cit.

⁵⁸⁷ Disponível em: <https://bit.ly/3YAAcx6>.

4.2.3. O Tribunal Constitucional Espanhol e o reconhecimento da dependência entre as instâncias administrativas e penal

Contemporaneamente, a Espanha é o país que mais conta com discussões legais, dogmáticas e jurisprudenciais acerca do princípio do *non bis in idem*, de modo que há mais de vinte anos o Tribunal Constitucional espanhol vem contribuindo e tomando decisões que foram fundamentais no desenvolvimento da teorização do princípio⁵⁸⁸. Assim como ocorre no Brasil, a Constituição Espanhola de 1978 não prevê de forma expressa o *ne bis in idem*, nem como princípio geral do Direito, nem como regra ou direito fundamental⁵⁸⁹.

Isso não impediu a jurisprudência espanhola a efetivar garantias às pessoas submetidas ao poder punitivo exercido pela Administração, reconhecendo o *bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa⁵⁹⁰.

Em 1981, o Tribunal Constitucional Espanhol proferiu paradigmática decisão que compreendeu, muito embora ainda não houvesse previsão expressa do *ne bis in idem* entre sanção administrativa e penal, ele decorreria dos princípios da legalidade e tipicidade dos ilícitos, que encontram previsão no art. 25⁵⁹¹ da Constituição espanhola⁵⁹², reconhecendo assim a natureza constitucional do princípio e caracterizando-o como princípio geral e vinculando todos os poderes públicos aos seus comandos.

Assim consignou o decisório:

(...) 4. El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración⁵⁹³.

Como bem delineado por Helena Regina Lobo da Costa⁵⁹⁴, é vedada, portanto, a aplicação de sanções penais e administrativas em decorrência dos mesmos fatos, desde que concorrentes os seguintes elementos: identidade do sujeito sancionado, identidade fática e identidade de fundamento ou natureza. Tem-se por exceção apenas a aplicação em caso de

⁵⁸⁸ CALDEIRA, op. cit., p. 340.

⁵⁸⁹ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 209.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 209-210.

⁵⁹¹ Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

⁵⁹² COSTA, op. cit., 2014, p. 195.

⁵⁹³ Disponível em: <https://bit.ly/3FqymWO>.

⁵⁹⁴ COSTA, op. cit., 2014, p. 195-196.

cumulação de sanção disciplinar e pena, em razão de seu distinto fundamento, correspondente à relação de serviço entre funcionários e administração⁵⁹⁵.

Relevante aspecto da jurisprudência espanhola é abordada por Sirlene Nunes Arêdes no que diz respeito à correlação existente entre a proporcionalidade e a proibição do *bis in idem*, e “se harmoniza com a doutrina que defende a autossuficiência das sanções punitivas e que a duplicação de sanções implica reação desproporcional que gera maiores prejuízos que aqueles derivados da conduta ilícita e caracteriza manifesta causa de injustiça”⁵⁹⁶.

Outrossim, o instituto da coisa julgada também é utilizado como mecanismo para solucionar concurso aparente de normas penais e administrativas e fundamentar o *bis in idem*, reconhecendo-se seus efeitos positivos, no sentido de que a decisão judicial determina a verdade jurídica, e negativos, sob a perspectiva de que a decisão transitada em julgado impede novos pronunciamentos sobre seu conteúdo, vinculando assim o Poder Judiciário e a Administração⁵⁹⁷.

No entender de Sirlene Nunes Arêdes, uma vez que foi reconhecida a inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola, a sua aplicação teve como principal consequência a primazia da esfera penal sobre a administrativa, vinculando a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos e impossibilitando a punição administrativa às pessoas penalmente condenadas, além de exigir que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

Ainda, destaca que a jurisprudência do TCE consagra que a prevalência da instância penal em detrimento da administrativa é constitucionalmente determinada, de modo que o Poder Legislativo não pode dispor de forma diversa, o que restou decidido na STC 77/1983⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ COSTA, op. cit., 2014, p. 196.

⁵⁹⁶ ARÊDES, op. cit., 2018, p. 211.

⁵⁹⁷ Idem.

⁵⁹⁸ “[...] 3. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial. La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad

À vista disso, tem-se a Espanha como importante impulsor no âmbito da União Europeia sobre o estudo do *ne bis in idem*, contando com decisões de extrema relevância, sobretudo por se assemelhar ao Brasil na falta de previsão constitucional expressa do tema.

4.3 A busca por uma resposta congruente e uníssona: possíveis resultados a partir da pesquisa realizada

A partir do momento em que o Estado toma para si o papel de intervir e sancionar, deve-se questionar qual seria o melhor instrumento dentro do Direito dispõe de maior efetividade para a finalidade pretendida ou de que forma a incidência de mais de uma normativa podem trabalhar em concordância com as garantias individuais.

De antemão, faz-se pertinente mencionar a premissa de que a resposta para o efetivo enfrentamento da corrupção está na criação de programas e órgãos especializados no desenvolvimento de mecanismos de fiscalização e prevenção de atividades ilícitas, coordenando-se as diferentes esferas e incluindo a sociedade civil, que certamente deve estar envolvida no processo de modificação de percepção acerca do próprio conteúdo de um Estado Democrático de Direito⁵⁹⁹, e não necessariamente por meio da criação exacerbada de legislações sem se levar em conta critérios de racionalidade.

Indo mais além, Maíra Rocha Machado⁶⁰⁰ discorre que, além da problemática advinda da pluri-incidência normativa, há também a multiplicidade institucional e sua atuação, ocasionando implicações e assim podendo ser discutida a partir de várias perspectivas, quais sejam: a eficiência da multiplicação de recursos materiais e humanos para identificar e impor consequências jurídicas a um mesmo fato; a unidade ou integridade do sistema jurídico estatal diante de decisões que sejam ventualmente conflitantes; e, por fim, a violação de direitos individuais diante da multiplicidade de processos e sanções sobre o mesmo fato.

Após o julgamento da Ação Penal 470/DF, já vinha sendo denunciado por Ana Elisa Bechara que os resultados da política-criminal brasileira no enfrentamento da corrupção se apresentam pouco frutíferos, principalmente em razão da falta de coordenação com as outras esferas formais envolvidas, de modo que são recorrentes “os casos de corrupção em que não se

jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. [...]” Disponível em: <https://bit.ly/3PnRZ6i>.

⁵⁹⁹ BECHARA, op. cit., 2014, p. 32.

⁶⁰⁰ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 257-295, jul./dez. 2019, p. 257.

chega à recuperação dos prejuízos causados, e tampouco ao afastamento do funcionário público das funções, a evidenciar a deficiente comunicação entre as distintas autoridades e instâncias”⁶⁰¹.

No delineamento de políticas criminais, é correta a afirmação de que o Direito Penal figura apenas como um dos recursos disponíveis e muitas vezes não é o mais eficiente, especialmente quando tratamos do tema corrupção, visto que uma das principais características desse crime é a sua inserção sistêmica, de maneira que o combate focado exclusivamente em estratégias penais pode apresentar resultados limitados, fazendo-se necessária a conjugação de diversas áreas e esforços para que sejam delineados métodos preventivos institucionais que dificultem sua prática⁶⁰².

Tecidas tais considerações, tendo em vista o argumento já lançado no sentido de que a finalidade das sanções aplicadas na seara penal e administrativa podem ter exatamente os mesmos fins – como é o caso dos ilícitos que proíbem atos de corrupção – questiona-se se cabe ao legislador e/ou ao aplicador do Direito identificar qual delas será mais adequada para tutelar a finalidade pretendida, desempenhando a sua função de forma mais eficaz.

Com suporte no desenvolvimento deste trabalho, viu-se que não apenas de um mesmo fato se pode ter punição em duas instâncias distintas, mas essas duas instâncias têm contornos muito semelhantes quanto à forma de sancionar. Além disso, é inegável que o Direito Administrativo Sancionador tem sido trabalhado de forma a atuar como um sistema tão repressivo quanto o penal, primordialmente quando falamos da incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador em razão da prática de um ato de corrupção.

Sob essa vertente, buscou-se analisar todas as facetas inerentes ao tema, bem como definir dogmaticamente todas elas, apontando prováveis soluções, pautadas na proporcionalidade e na razoabilidade.

É certo que nenhum dos julgados internacionais mencionados autoriza que se considere imediatamente a ocorrência de *bis in idem* e tampouco a transposição automática dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, no entanto, ao se considerar a extrema repressão com que podem ser tratadas as normas de caráter administrativo ou administrativo sancionador, devem ser estabelecidos parâmetros para coibir eventuais excessos.

⁶⁰¹ BECHARA, op. cit., 2014, p. 32.

⁶⁰² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; MACHADO, Ana Mara França. Alternativas não penais de política criminal anticorrupção: prevenção técnica e experiências internacionais. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 40.

Diante da problemática que foi apresentada, é importante esboçar um panorama das possíveis alternativas para a questão, unindo a ideia dos principais autores que abordam o tema em questão e verificando como os seus estudos podem ser úteis para a resolução do problema aqui esboçado.

Em primeiro lugar, a professora Helena Regina Lobo da Costa defende a adoção de um enfoque conjunto no campo da política sancionadora, para que se pense em uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, conferindo assim racionalidade à questão⁶⁰³. Apesar de não concordar com a teoria da unicidade do poder punitivo estatal, sustenta a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁰⁴.

Segundo a autora, a justificativa de independência entre as instâncias – tão aclamada pela jurisprudência, conforme visto – é bastante frágil, na medida em que não conta com estruturação teórica que aponte seus fundamentos, os quais deveriam ser suficientemente contundentes, já que a adoção desta vertente redundaria em restrições mais drásticas a direitos fundamentais⁶⁰⁵.

Também refere à observância ao princípio da subsidiariedade no reconhecimento do *ne bis in idem*, visto que sua aplicação resultaria em diminuição da rede penal e maior racionalidade da seara administrativa sancionadora, promovendo o desenvolvimento de formas de prevenção, como a autorregulação ou a prevenção técnica⁶⁰⁶.

Também compreende ser imprescindível uma sistematização da legislação penal, no mesmo sentido de José Díez Ripollés⁶⁰⁷, que argumenta que o processo legislativo é um processo de decisão, devendo ser analisada a adequação entre os meios e os fins escolhidos, para que se legitime suficientemente o aparato normativo.

Para a autora, não há como identificar finalidades distintas entre as sanções administrativas e penais, mas tão somente nuances e diferenças de abrangência e distintas intensidades, no entanto, ambas apresentam idoneidade para perseguir o mesmo fim: a prevenção e a retribuição⁶⁰⁸.

Sobre a concorrência entre leis penais e administrativas sancionadoras, Keity Saboya entende que o critério mais adequado para resolução do problema seria a aplicação da lei penal,

⁶⁰³ COSTA, op. cit., 2014, p. 122.

⁶⁰⁴ LOBO, op. cit., 2013.

⁶⁰⁵ LOBO, op. cit., 2013, p. 221.

⁶⁰⁶ COSTA, op. cit., 2013, p. 227-228.

⁶⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁰⁸ COSTA, op. cit., 2014, p. 235-236.

não apenas pelo critério da especialidade, mas também pelos princípios de subsidiariedade e consunção⁶⁰⁹.

Registra também interessante ideia no sentido de que a solução do conflito advindo da concorrência normativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador poderia advir do estabelecimento pelo legislador de uma série de rigorosas premissas a serem seguidas. Inexistindo tais critérios, sugere a aplicabilidade da norma criminal, visto que o Direito Penal, como regra, cuida das infrações consideradas mais graves⁶¹⁰.

Para ela, a função fundamentadora do *ne bis in idem* é a proibição de reiteração de qualquer medida punitiva estatal, não se podendo permitir que, de forma simultânea, haja a indevida acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos, ocorrendo *bis in idem* transversal⁶¹¹.

Após analisar o papel do princípio do *ne bis in idem* na multiplicidade sancionatória estatal, Marion Bach⁶¹² parte do teor da Constituição Federal e das leis ordinárias, afirma, em um primeiro olhar, que elas não apenas autorizam, mas também recomendam que diante da prática de um determinado fato, advenham sanções penais, administrativas e civis, não podendo ser consideradas inconstitucionais ou violadoras do princípio do *ne bis in idem*.

Como ressalta a autora, o tema exige um olhar mais profundo, asseverando ser imprescindível que se compreenda se há distinção – e como ela se dá – entre o ilícito penal e administrativo que se está tratando. Diante disso, deve o legislador se atentar à existência de:

- (i) um núcleo duro, em que a prática de ato ilícito deve, necessariamente, ensejar sanção penal, posto que o direito administrativo é descabido e insuficiente; (ii) um núcleo destinado, necessariamente, ao direito administrativo, em razão da ausência de lesividade a um bem jurídico de dignidade penal e (iii) um núcleo em que direito penal e direito administrativo podem, ambos, operar⁶¹³.

Daí que o legislador deve estar atento a este guia, ao considerar um ilícito como penal ou administrativo, e em atenção ao princípio do *ne bis in idem*, visto que o Poder Legislativo é o primeiro destinatário do princípio, evitando assim “a criação de sancionamentos múltiplos para ilícitos cuja natureza, em verdade, se confunde”.

Extraí dos julgados internacionais algumas conclusões no sentido de que a classificação da norma que é realizada pelo legislador não é realmente vinculante à natureza do delito, ao passo que pode o Poder Judiciário, com uma análise mais minuciosa (partindo dos critérios de

⁶⁰⁹ SABOYA, op. cit., 2014, p. 276.

⁶¹⁰ Ibidem, p. 277.

⁶¹¹ Idem.

⁶¹² BACH, op. cit., p. 280.

⁶¹³ Ibidem, p. 281.

Engel), deve constatar se as múltiplas sanções são legitimamente passíveis de imposição ou se o legislador incorreu em burla de etiquetas e impôs sanções que não são legitimamente passíveis de imposição⁶¹⁴.

Parte-se do pressuposto de que, ainda que o legislador e o Poder Judiciário compreendam que a corrupção entendida como crime e improbidade tenha naturezas distintas, “há, em razão *da função da sanção* (com finalidades de retribuição e prevenção) e da *severidade da sanção* (que são, por vezes, *tão graves quanto* ou *ainda mais graves que* as sanções penais), uma *burla de etiqueta*”⁶¹⁵.

Isto é, o legislador intitula como sendo de Direito Administrativo Sancionador aquilo que possui, pela análise dos critérios de Engel e demais diretrizes estabelecidas pela jurisprudência internacional, natureza eminentemente penal⁶¹⁶.

No que diz respeito à teoria da unidade do poder punitivo estatal e a incidência do *bis in idem* entre as instâncias penal e administrativa, Sirlene Nunes Arêdes identifica critérios objetivos para caracterização da identidade de sujeitos, fatos e fundamentos para defender sua ocorrência. Parte do pressuposto de que há interdependência entre as instâncias, em decorrência do teor do art. 5º, § 2º, da CF, assim, a teoria da unidade do poder punitivo estatal reconhece que o poder de punir “possui uma só natureza jurídica: repressão em razão do descumprimento de obrigações estipuladas em relações jurídicas”⁶¹⁷.

Para ela:

a unicidade de fundamento decorre da realção jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção a uma só pessoa (identidade de sujeito) em razão do descumprimento de um só dever jurídico (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) caracteriza ofensa ao *ne bis in idem*⁶¹⁸.

Outrossim, a identidade de fatos pode ser reconhecida pelas relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre as normas, enquanto a identidade de fundamento ocorre quanto o substrato da sanção decorre de uma só relação jurídica. Assim, “quando se está diante de duas ou mais normas que impõem sanções diversas ao mesmo sujeito em razão de mesmos fatos e fundamentos, o *ne bis in idem* veda a aplicação de mais de uma delas”⁶¹⁹.

⁶¹⁴ BACH, op. cit., p. 282.

⁶¹⁵ Ibidem, p. 298.

⁶¹⁶ Idem.

⁶¹⁷ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em bis in idem: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 175-212, mai.. 2019, p. 183.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 199.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 208.

Isso quer dizer que, se as normas que regulam o mesmo fato são válidas dentro da ordem jurídica tanto na seara penal quanto na administrativa, estamos diante de um concurso aparente de normas, à medida que se sustenta a prevalência da norma penal (com exceção se houver norma nacional que disponha em sentido contrário) em razão de seu caráter intervencionista⁶²⁰. Tal prevalência fundamenta-se precipuamente nas maiores garantias do processo penal, notadamente a coisa julgada⁶²¹.

Gilmar Mendes, Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi entendem que as sanções aplicadas em uma instância devem ser mitigadas pela prévia imposição de reprimenda em outra, ainda que não necessariamente com um desconto integral da primeira, além de compreenderem ser necessário que as decisões nos dois âmbitos precisam se comunicar em certa medida e, quando for o caso, deve-se reconhecer uma prevalência da jurisdição criminal, “de modo que as decisões sobre certos assuntos façam coisa julgada material também no âmbito administrativo”⁶²².

Para os autores, é necessário que seja acolhido que “a relação entre as instâncias penal e administrativa é, em verdade, de independência mitigada, a qual não afasta a incidência da proibição de múltipla persecução pelo mesmo fato”⁶²³.

Em outra oportunidade, Gilmar Mendes e Bruno Buonicore já haviam se manifestado sobre a necessidade de se respeitar, entre a relação de Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, os vetores axiológicos construídos historicamente no sentido de proteção das garantias individuais frente ao *jus puniendi* estatal, enfatizando a necessidade de aplicação do princípio da independência mitigada na interpretação da LIA⁶²⁴.

Ainda, é possível aferir respostas interessantes segundo os mencionados julgamentos no plano internacional, em especial porque se considera o caráter material do ilícito, e não somente o formal que é atribuído a partir da escolha do legislador. No caso de atos de corrupção praticados com normas incidentes entre Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, é certo que ambas possuem caráter material idêntico, sendo possível o reconhecimento da identidade entre ambas as normas e, por consequência, que seja identificada uma predileção para atuação a partir do caso concreto.

⁶²⁰ ARÊDES, op. cit., 2019, p. 208.

⁶²¹ Idem.

⁶²² MENDES, BUONICORE, DE-LORENZI, op. cit.

⁶²³ Idem.

⁶²⁴ BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCCRIM*, ano 29, n. 340, p. 4-5, mar./2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o estudo desenvolvido, extraem-se as seguintes conclusões:

1) A corrupção é um termo polissêmico e que conta com inúmeras vertentes e concepções. Nas últimas décadas, passou a adquirir enorme protagonismo em razão da globalização, da expansão da transnacionalidade e principalmente das novas formas de criminalidade advindas das relações sociais. Esses fatos ocasionaram influência no processo globalizador do sistema de controle penal e isso se apresenta como um elemento estimulador da corrupção;

2) Como forma de se adequar às exigências de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, houve um grande recrudescimento em termos de normas penais, cíveis e administrativas objetivando o combate à corrupção, em especial nas últimas três décadas. Isso ocasionou um sistema de normas disfuncional e pouco frutífero na prática, contando com uma sobreposição normativa capaz de gerar desproporcionalidade na aplicação de suas sanções;

3) Foi a partir do Mensalão e da Operação Lava-Jato que a população passou a questionar a atuação dos gestores públicos e a gestão do Estado. Isso porque, estes dois marcos demonstraram o desvirtuamento da coisa pública em detrimento pessoal de diversas figuras importantes, tendo sido constatado um quadro de corrupção sistêmica. Assim, o “combate à corrupção” se tornou uma luta incessante e monotemática, presente na ordem do dia no país;

4) Com as reiteradas exposições por parte dos meios de comunicação em massa, a sociedade passa a ter uma percepção de que há fragilidade na atuação das instituições, ocasionando descrença nos padrões de desempenho e estrutura do sistema de justiça, exigindo-se assim uma postura do Estado por meio da criação de novas leis penais, crendo que o Direito Penal é a única alternativa apta a resolver os problemas;

5) No presente trabalho, foi adotada a definição a partir de seu contexto normativo, mais precisamente a partir da corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333, CP), e da ideia de ato ímprobo como corrupção, extraídas da LIA;

6) A LIA prevê punição sobre atos de improbidade praticados no âmbito da Administração Pública, de modo que é passível de sanção aquele que comete ato ilícito no exercício de seu cargo público (sem contar o agente privado que possa, eventualmente, participar dele). Sua disposição tem aplicabilidade para atos de corrupção, decorrendo dela todos os princípios do Direito Administrativo Sancionador (art. 1º, § 4º, LIA), e se mostra como forte mecanismo de controle à atuação de agentes públicos, visto que suas sanções podem ser

a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, entre outras;

7) As consequências jurídicas derivadas da prática de ato de improbidade administrativa em muito se assemelham àquelas que incidem no campo penal, em especial porque dizem respeito a sancionamentos tipicamente repressivos;

8) Ao Direito Penal deve recair a tutela dos bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade, levando-se em consideração o seu necessário caráter de *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade etc. Hodiernamente, o Direito Penal deixou de ser caracterizado por bens jurídicos individuais, dando espaço à modalidade de bens jurídicos supraindividuais, que tutelam interesses difusos e coletivos, não se vinculando a uma só pessoa ou a um único indivíduo;

9) O Direito Administrativo Sancionador não conta com uma sistematização de regras a ele aplicáveis, e nem existem diretrizes gerais a serem observadas. Nos últimos anos, passou a ser observada a sua utilização como forma de repressão, assim como no Direito Penal. Suas sanções podem ser aplicadas tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, como é o caso da LIA, que se submete aos ditames da legislação específica e do Código de Processo Civil e suas respectivas determinações;

10) Identificam-se, portanto, zonas de penumbra entre os dois campos normativos, culminando na “Administrativização do Direito Penal” e na “Penalização do Direito Administrativo Sancionador”, contando com uma estreita conexão entre ambos, visto que leis penais passam a se vincular aos regramentos administrativos e a seara administrativa sancionadora se converte em instrumento de repressão, rompendo as fronteiras entre suas modalidades clássicas;

11) Acerca da diferença entre ilícitos penais e administrativos, entendeu-se que não há distinção ontológica entre os ilícitos existentes nos diversos ramos do Direito Público Sancionador, adotando uma ideia de poder punitivo uno. Não se notam distinções substanciais entre ilícito administrativo e ilícito penal, e a destinação da norma é um critério meramente oportunístico ou político. Dessa forma, pouco importa a via escolhida para o legislador, desde que seja observado o meio de maior eficácia para o fim de proteção social;

12) Identificou-se que a partir da prática de um ato entendido por corrupção (receber vantagem indevida, por exemplo) pode incidir tanto a norma prevista no Código Penal quanto a norma prevista na LIA, concomitantemente, sem se levar em consideração a possibilidade de aplicação de normas administrativas que culminam em procedimentos administrativos

disciplinares ou na Lei Anticorrupção. Isso quer dizer que há uma multiplicidade sancionatória, ocasião em que o indivíduo se confronta com várias cabeças do mesmo Estado;

13) Por conseguinte, indagou-se se este fato afrontaria o princípio do *bis in idem*, que diz respeito à garantia individual e princípio geral do Direito que objetiva impor freios ao abuso do poder punitivo. Elevada a *status* constitucional por conta dos tratados internacionais ratificados pelo país, o *ne bis in idem* preceitua que um indivíduo não pode ser levado a um segundo processo e nem ser punido duas vezes em razão de um mesmo fato;

14) O princípio conta com as seguintes vertentes: (i) processual (veda o múltiplo processamento, conferindo segurança jurídica, especificamente das relações jurídicas atingidas pela coisa julgada; (ii) material, obstando o múltiplo sancionamento pelo mesmo fato e ocorre quanto ocorre a identidade de sujeito, de fato e de fundamento, e; (iii) transversal, proibindo um indivíduo de ser processado duas ou mais vezes pelos mesmos fatos não deve se restringir à esfera criminal, devendo os efeitos do *ne bis in idem* serem transferidos a todos os procedimentos de natureza sancionatória.

15) Adotou-se a ideia de unicidade do poder punitivo estatal, compreendendo que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador consistem em manifestações de uma mesma singularidade, e a segmentação do Direito em ramos tem uma função organizacional. Assim, deve haver a transposição de garantias penais à seara administrativa sancionadora de forma matizada, notadamente a legalidade, a proporcionalidade, a presunção de inocência e o *ne bis in idem*.

16) Ainda que alguns autores entendam que o art. 37, §4º, da Constituição Federal autoriza a sobreposição de normas no que toca à improbidade administrativa, compreendeu-se que não há determinação expressa de que a utilização das instâncias penal e administrativa deva ocorrer em razão dos mesmos fatos, posto que há condutas que devem ser previstas como infrações penais e outras como infrações administrativas. Não se admite que o texto constitucional preveja a punibilidade em ambas as vias de forma simultânea, em razão dos mesmos fatos nos dois domínios, assim como defende Sirlene Nunes Arêdes.

17) O dogma da independência das instâncias decorre do princípio da tripartição de poderes, é utilizado por parcela da doutrina e esmagadora maioria da jurisprudência e compreende que há autonomia quase absoluta entre as áreas de atuação do Direito. Essa teoria não é compatível com um modelo de Estado Democrático de Direito, porque fere o princípio da segurança jurídica e despreza a unidade do poder punitivo estatal, além de gerar decisões disfuncionais.

18) A Lei nº 14.230/21 introduziu cinco parágrafos ao art. 21 da LIA, os quais propuseram uma atuação coordenada entre os órgãos de controle e as jurisdições cível, penal e administrativa. A modificação foi interessante na medida em que se viu que a ideia de independência entre as instâncias não é absoluta, porquanto foi determinado que o magistrado deve observar sanções eventualmente aplicadas em outras esferas, compensando assim a imposição de sanções, além de ter que observar manifestações prolatadas por órgãos de controle interno ou externo em determinados casos e também devem ser reaproveitadas provas produzidas por estes órgãos. Importante tipificação está no § 4º, que prevê que a absolvição criminal que discuta os mesmos fatos, se for confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite de ação decorrente da LIA, havendo comunicação com todos os fundamentos de comunicação previstos no art. 386 do CPP.

19) A jurisprudência está caminhando a passos lentos no sentido de reconhecer a proximidade entre as sanções impostas pela LIA e pelo Código Penal em decorrência da prática de um único fato. É o que se vê a partir do julgamento da Reclamação 41.557/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que foi a primeira a realmente enfrentar tal questão.

20) Grande parte da doutrina adota o pressuposto de que há maior preparo da seara penal em detrimento da administrativa sancionadora, por ter ampla instrução probatória e contar com maior observância às garantias fundamentais dos indivíduos.

21) Supõe ser necessária a observância aos critérios de proporcionalidade na atribuição de sanções, o que deve ser feito tanto pelo legislador quando da criação da lei, quanto pelo Judiciário, quando de sua aplicação. Com alicerce no Estado Democrático Constitucional, a proporcionalidade é um instrumento para obstar excesso de poder, adequando todas as medidas utilizadas e as necessidades que devem ser atingidas para tanto.

23) Na análise dos julgados sobre o tema nas Cortes Internacionais, constatou-se que há um avanço muito maior a respeito da sobreposição normativa e incidência do *bis in idem* e, embora não haja uma decisão terminativa, foram estabelecidos alguns critérios relevantes e que podem servir de auxílio para a compreensão do tema dentro do nosso ordenamento jurídico, como é o caso dos “Critérios de Engel”, que determinam que deve ser analisada: (i) a qualificação jurídica fornecida pelo Direito interno (ou seja, fornecida pelo legislador); (ii) análise material da natureza da infração; e (iii) análise do seu grau de severidade.

24) Em razão de algumas normas serem *formalmente* administrativas, mas contarem com caráter *materialmente* penal, em diversas oportunidades foi reconhecida por parte dos Tribunais internacionais a ocorrência do *bis in idem* pela dupla imputação em razão dos mesmos fatos, ainda que em searas distintas.

22) Por derradeiro, entendeu-se que a prática de *um mesmo ato* de corrupção, ainda que com a incidência de duas normativas distintas, em razão de sua proximidade e do caráter repressivo de suas respectivas atuações, ocasiona *bis in idem* material e transversal, ferindo garantias constitucionais do indivíduo.

Diante da pesquisa desenvolvida, propõem-se duas soluções distintas a serem operacionalizadas na prática: a primeira é no sentido de que as sanções impostas pelo Código Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador relativas a atos de corrupção são *materialmente* idênticas, ainda que tratadas em diferentes esferas. Portanto, deveria o órgão acusatório *escolher* qual a melhor alternativa para sancionar o indivíduo em razão do ato praticado.

A segunda propositura é a de que haja uma predileção pela seara penal em detrimento da administrativa sancionadora. Ou seja, para que o órgão acusatório proponha a respectiva ação por ato de improbidade administrativa, é importante que seja observado o resultado na seara penal, haja vista que ela conta com maior observância aos direitos fundamentais do indivíduo acusado. Assim, ao final da demanda, deve ser feita pelo magistrado uma análise de proporcionalidade ao impor a sanção frente à prática do ato ilícito, considerando-se aquela que já fora aplicada anteriormente.

REFERÊNCIAS

ALAN, José Alexandre Zachia. *Lições sobre probidade administrativa*: de acordo com as modificações da lei 14.230/21. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, *e-Book*.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de; ROCHA, Claudia da; CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. O caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva. *Boletim do IBCCRIM*, v. 26, n. 310, p. 8-9, set. 2018.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 435-477, mar.. 2017.

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, p. 204-240, jan./jun. 2018.

ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em bis in idem: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 175-212, mai.. 2019.

BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Editora Thoth, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 171-204, ago.. 2016.

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La unidade del Derecho sancionador. *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 32, p. 263-275, feb.-2012.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: *Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Organização de Luís Augusto Sanzo BRODT, Flávia SIQUEIRA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar.. 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, *e-Book*.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, p. 16-29, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim do IBCCRIM*, ano 25, n. 290, p. 5-7, janeiro/2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña..* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. A Estratégia Brasileira de Controle da Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez.. 2009.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2017, p. 359-383, setembro/2014.

BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 215-243., abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://bit.ly/3PisFyA>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.887/2018*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://bit.ly/2HcAwfq>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em: <https://bit.ly/3herKmj>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <https://bit.ly/3LhgjE8>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://bit.ly/3xXihG1>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://bit.ly/3NqTY7j>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <https://bit.ly/3NNYrSr>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2y7FPIz>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <https://bit.ly/39fanO2>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3aV48zD>. Acesso em: 04 abr. 2022.

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://bit.ly/3MEhz49>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3Pl6bx6>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3NJYr5W>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991*. Dispõe sobre Impostos e Contribuições Federais, Disciplina a Utilização de Cruzados Novos, e dá outras Providências. Disponível em: <https://bit.ly/3FHfl3r>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3b5mv4Y>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <https://bit.ly/3SIY4ul>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://bit.ly/3DpGWoY>. Acesso em: 23 out. 2022.

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. Disponível em: <https://bit.ly/2HusHDQ>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3ObWuPr>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <https://bit.ly/3aOPHgk>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <https://bit.ly/3FHqAcg>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3mH8psU>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://bit.ly/37BUGjq>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://bit.ly/3Mrwcbd>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002*. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/39sCidA>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: <https://bit.ly/3vd96PE>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 4.534, de 19 de dezembro de 2002*. Dá nova redação ao art. 1º do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, que promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: <https://bit.ly/3HjAXIS>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003*. Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. Disponível em: <https://bit.ly/3NSu4dx>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União; Ministério da Justiça; Advocacia-Geral da União. *Exposição de Motivos Interministerial nº. 00011/2009-CGU/MJ/AGU*. Brasília, 23. out. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3QmvnDo>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <https://bit.ly/3xRnIGH>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2KKGJON>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3xO59Tv>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002*. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3Kf5Asn>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008*. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3uFZ2Od>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3mE6tBu>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://bit.ly/3BraMIa>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://bit.ly/3Wc0tPY>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://bit.ly/3aUAwCg>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307/DF*. Inteiro Teor do Acórdão. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): Fernando Affonso Collor de Mello e outros(as). Relator:

Min. Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 13/12/1994. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 13/10/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470/MG*. Inteiro Teor do Acórdão. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 158.319/SP*. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros(as). Paciente: Fernando Capez. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicação DJE nº 191, divulgado em 03/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 976.566*. Recorrente: Domiciano Bezerra Soares. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Publicação DJE nº 210, divulgado em 25/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 41.557/SP*. Reclamante: Fernando Capez. Reclamado: Juiz Federal da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicação DJE nº 169, divulgado em 03/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 106.442*. Impetrante: Marcos Vinícius da Silva e outros(as). Paciente: Fabiana Ramos da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Publicação DJE nº 36, divulgado em 22/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 599. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor*. Disponível em: <https://bit.ly/3tB29Hc>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.837.149/PR*. Recorrente: Marco Shiniti Nagano e outro. Recorrido: Edgar Antônio Dalzochio e outros. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. DJe 29/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.151/SP*. Agravante: Eugenio Evandro Fernandes. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF). DJe 18/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1.496.724/GO*. Agravante: Marcelo Antonio Borges. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJe 20/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.906.641*. Agravante: Gilberto Domingos Reis. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe 17/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 719, de 29 de novembro de 2021. Quinta Turma. Disponível em: <https://bit.ly/3F94KwL>. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. Transparência Internacional. Sobre a Transparência Internacional. Disponível em: <https://bit.ly/2GLCm8r>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QtepDa>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Transparência Internacional. Retrospectiva Brasil 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MWagoj>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos – arts. 312 a 359-H e Lei n. 10.028/2000*. v. 5, 15. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, *e-Book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral: arts. 1º a 120*. v.1, 27. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva Educação 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A lei anticorrupção como lei penal encoberta*. Disponível em: <https://bit.ly/3Hprppr>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 359-390, set-out/2016.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCCRIM*, ano 29, n. 340, p. 4-5, mar./2021.

BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, *e-Book*.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 327-356, mar./abr.. 2012.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 95-129., mar./abr. 2011.

CAMBI, Eduardo; BERTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi. A superação da míope interpretação da indisponibilidade do patrimônio: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 2, p. 187-215, mai.-ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, *e-Book*.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, mai./jun.. 2007.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. De 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3VTafaz>. Acesso em: 23 out. 2022.

CARMO, Luís Mota. O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 124 p., 2009.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 461-479, 1º e 2º semestres. 2012.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, e-Book.

CASTELLAR, João Carlos. *Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. De 04 de novembro de 1950. Disponível em: <https://bit.ly/3F9YAhF>. Acesso em: 23 out. 2022.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre Docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK,

COSTA, Silvia Chaves Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Proibição de dupla persecução penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de bis in idem de acordo com o precedente europeu. In: *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. vol. 3, p. 105-134, jul. - set./2020.

DAGUER, Beatriz; CHINEZE, Giovanna Capobianco. As alterações interpretativas dos Tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. ano 2, n. 6, p. 33-61, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

DAGUER, Beatriz; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Pensamento Jurídico*. Aprovado e aguardando publicação.

DAGUER, Beatriz. O princípio do *non bis in idem* e a proporcionalidade das sanções aplicadas em instâncias de controle distintas a partir da prática de um ato ilícito. In: DAGUER, Beatriz; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira (org.). *Direito Penal e Direito Processual Penal: sob a ótica da advocacia criminal*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

DAVID, Ivana. As garantias constitucionais no direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DEZAN, Sandro. *Princípios de Direito Administrativo Sancionador* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DGPJ. Conselho da Europa. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://bit.ly/3umJjUg>. Acesso em: 03 dez. 2022.

DIAS, Joelson; MENEZES, Ubiratan. Possíveis consequências jurídicas das novas disposições da Lei de Improbidade. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3Wwg6Cd>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EUROPARL. Competências do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <https://bit.ly/3uqRrTm>. Acesso em: 03 dez. 2022.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., revista, Editora Globo: São Paulo, 2001. *E-book*.

FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3u1ZbM8>. Acesso em: 27 jun. 2022.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: Roberto Podval (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. *A questão do ato de ofício*. Disponível em: <https://bit.ly/36tMMEC>. Acesso em: 12 jun. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 103-140, jul/set. 2003.

GARCIA, Emerson. A lei de improbidade e a dosimetria de suas sanções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 29-63, jan./fev.. 2006.

GAULT, David Arellano; GALICIA, Jesús Fidel Hernández; LEPORE, Walter. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 61, p. 75-106, 2015.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIULIANI, Emilia Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 101-120, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o Direito Administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

GRECO, Luis; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, p. 19-51. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 773-793, jan./dez.-2014.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*. Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41, jan./1998.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-35, abr./jun.. 1998.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1982.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361*. (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Vol. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Seleção histórica. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

INFOCURIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. Processo C-524/15. Disponível em: <https://bit.ly/3v01ZsW>. Acesso em: 12 dez. 2022.

INFOCURIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. Processo C-537/16. Disponível em: <https://bit.ly/3YAAcx6>. Acesso em: 12 dez. 2022.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 29-56, jan./fev.. 2007.

JUNIOR, José Carlos Fernandes. A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3UOcZ7u>. Acesso em: 12 dez. 2022.

KANAYAMA, Rodrigo Luíz; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A interpretação da Lei de Improbidade Administrativa entre o interesse público e os direitos individuais de defesa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 245-273, set./dez. 2020.

LOPES JR., Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3s5Zfc7>. Acesso em: 19 out. 2022.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

LOPES, Fabio Motta; DIEHL JÚNIOR, Ubirajara. Aspectos penais da corrupção no Brasil. In: ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Transparência, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Da expansão do direito penal para a expansão para além do direito penal: uma análise a partir dos mecanismos de controle social instituídos pela lei anticorrupção (lei n. 12.846/2013). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 189-210, 2017.

MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 55, p. 257-295, jul./dez. 2019.

MACHADO, Maíra Rocha. Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 9-10, set.. 2014.

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

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, p. 11-75, jul./set.. 2005.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. *O Poder administrativo sancionador: origem e controle*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, e-Book.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Levi de. O processo administrativo sancionador como instrumento de controle. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre direito penal e administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 30, n. 192, p. 75-112, set./out.. 2022.

MICHELOTTO, Mariana Nogueira. *Ne bis in idem na aplicação cumulativa das penas de multa na ação de improbidade e processo penal*. Dissertação (Mestrado Profissional) de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 94 p., 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, p. 27-40, abr.-jun./1993.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, Jorge Enrique. El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo. *Capítulo Criminológico*. vol. 37, n. 4, p. 205-229, oct.-dic. 2009.

OCTAVIANI, Alessandro. *Combate à corrupção, concorrência e desenvolvimento: como erramos tanto?* Disponível em: <https://bit.ly/3PIHyjS>. Acesso em: 13 abr. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; MACHADO, Ana Mara França. Alternativas não penais de política criminal anticorrupção: prevenção técnica e experiências internacionais. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 14, p. 25-49, set./dez.. 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Sanções administrativas e prevenção da lavagem de dinheiro. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OLIVEIRA, Emerson Paxá Pinto. Por que é preciso ato de ofício na corrupção passiva? *Revista Consultor Jurídico*. 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3r8nwM7>. Acesso em: 12 jun. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. *Portal Migalhas*. 10 de março de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3OLQJrY>. Acesso em: 27 jun. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa: efeitos retroativos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://bit.ly/3boIKml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101-102.

PINTO, Marcos Vinícius. *Ação de Improbidade Administrativa: presunção de inocência e ne bis in idem*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial. arts. 250 a 361*. vol. 3, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, e-Book.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107., ago. 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Gilmar suspende ações de improbidade contra Arthur Lira. Disponível em: <https://bit.ly/3Phz2lA>. Acesso em: 27 nov. 2022.

RIZOTTO, Adriana. A nova Lei de Improbidade Administrativa e o elemento subjetivo do agente. *Revista Consultor Jurídico*. 08 de junho de 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3OK9Oeh>. Acesso em: 27 jun. 2022.

ROBERT, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ROCHA, Claudia da. *Corrupção: compliance criminal, responsabilidade penal da pessoa jurídica e cooperação internacional*. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022.

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SABOYA, Keity. Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, v.1, n. 1, p. 72-92, ago/2018.

SABOYA, Keity. Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, James Reátegui. Interdicción de la persecución penal múltiple. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 134, p. 519-570, jun.-2014.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A guisa de prefácio: a corrupção, sua repercussão e o seu enfoque multidisciplinar. In: LAUFER, Daniel. *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 963-991, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal incriminador. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, e-Book.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: legalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, E-book.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 190-210, jan./jun.. 2009.

SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios penais*. 2. ed., rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 798, pp. 53-50, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed., Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A recorrente busca da despenalização no Direito Penal Econômico: a atual leitura sobre a possível terceira via entre o crime e a infração administrativa. In: *IBBCRIM 25 anos*, p. 265-280. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS, Pedro. Derecho administrativo sancionador y derecho penal: principios comunes. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 2, 28/48, p. 1985-1992, semana 9-15, nov./1987.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: parte geral. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, *e-Book*.

SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. *Letrado*, São Paulo, n. 101, p. 26-27, jul./dez.. 2012.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAMASAUSKAS, Igor San'Anna. *Corrupção política: análise, problematização e proposta para o seu enfrentamento*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 0, Esp. lançamento, p. 75-87, dez.. 1992.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://bit.ly/2n0MfmE>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TOJAL, Tarsila Fonseca. O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil. 2022. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <https://bit.ly/2n0MfmE>. Acesso em: 20 jun. 2022.

WUNDERLICH, Alexandre. Capítulo I: Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral. In: JÚNIOR, Miguel Reale. (Coord.). *Direito Penal: Jurisprudência em debate, crimes contra a Administração Pública e crimes contra a Administração da Justiça*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revam, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 4ª reimp., out./2019.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.