



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ALICE ARAGÃO MAGALHÃES

A “FÓRMULA MÁGICA” DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS:

Disfunções na expansão do poder punitivo estatal

Recife

2023

ALICE ARAGÃO MAGALHÃES

A “FÓRMULA MÁGICA” DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS:

Disfunções na expansão do poder punitivo estatal

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Áreas de Concentração: Direito Administrativo e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Magalhães, Alice Aragão.

A "fórmula mágica" de independência entre as instâncias: Disfunções na expansão do poder punitivo estatal / Alice Aragão Magalhães. - Recife, 2023. 52 p;

Orientador(a): Edilson Pereira Nobre Júnior
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.
Inclui referências.

1. Direito Penal. 2. Bis in idem. 3. Direito Administrativo Sancionador. 4. Improbidade Administrativa. 5. Multiplicidade sancionatória. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ALICE ARAGÃO MAGALHÃES

A “FÓRMULA MÁGICA” DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS:

Disfunções na expansão do poder punitivo estatal

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Áreas de Concentração: Direito Administrativo e Direito Processual Penal.

Aprovado em: 14/04/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Larissa Medeiros Santos (Examinador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Examinador)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

A Deus, que em sua infinita graça, permitiu que fosse possível não só chegar ao fim da graduação, mas percorrer esse caminho sempre amparada pelo seu cuidado e amor, que vão além de qualquer compreensão.

Ao meu pai, Dilson Magalhães, meu grande incentivador, pelo esforço incansável, muitas vezes em silêncio. Também pela compreensão em meio ao caos, painho. Nosso encontro é um respiro na semana.

À minha mãe, Kilma Magalhães, pelo cuidado e preocupação infindáveis, nos mínimos detalhes, pelas abdições e por fazer das minhas as suas angústias. É a *certeza da eterna presença* sempre na primeira fileira.

A Elis, minha irmã e melhor amiga, por nunca me deixar sozinha, por fazer dos meus sonhos os seus e me dar a certeza, quando diz um simples “*eu te ajudo*”, que ela de fato não mede esforços para que eles sejam alcançados.

Ao meu sobrinho Dom, por ressignificar tantos sentimentos antes mesmo do seu primeiro sopro – ou choro – de vida.

À minha grande família, por entender todas as abdições e, mesmo de longe, estar sempre presente. Em especial, aos meus avós, pelo suporte ao longo de todos esses anos.

A Jeronimo, meu namorado, por caminhar ao meu lado sempre, por ter a capacidade de demonstrar, em poucas palavras, mas principalmente nas atitudes da rotina, o seu cuidado e carinho. A vida é muito melhor com você.

Ao melhor grupo possível que poderia ter surgido ao longo desses cinco anos de curso, o *Cana & Carroça*. Difícil imaginar como teria sido sem vocês. Foi um verdadeiro privilégio! Agora é só o começo e vamos juntos de novo.

Àquelas que são a certeza de que esse não precisa – e nem deve – ser um caminho solitário. Babi, Fefe, Bella, Ju, Gabi, Lu e Lê, foram cinco anos percorridos juntas, dividindo todas as angústias que fazem parte dessa trajetória. Os próximos oitenta são inegociáveis. Ainda vamos ser muito mais.

Ao grupo que me impulsionou a ter minha melhor expediência acadêmica, os veteranos da Liga UFPECrim, Vinícius Costa Rocha, Felipe Gustavo, Bárbara Nascimento, João Figueiredo, Rodrigo Moreno, Kléber Arruda, Eduarda Farias e Breno Marcos, ainda bem

que nossos caminhos se cruzaram. Em especial, a Vinícius, pela companhia e ensinamentos diários, e por fazer isso sempre com tanta disponibilidade e atenção. *Vamos em frente.*

A todos do Escritório Rigueira, Amorim, Caribé, Caúla & Leitão – Advocacia Criminal e Perseguições governamentais, pela oportunidade de crescimento ao longo desse último ano e pela confiança diária. Em especial, a Leonardo Selva, Camila Velloso e Filipe Melo por tornar a rotina mais leve; ao Ministério Público Federal e à 12ª Vara Criminal do TJPE, pelas experiências enriquecedoras de estágio, levarei sempre comigo todos os conselhos e ensinamentos, foi um privilégio enorme.

Ao professor Edilson Nobre, meu orientador no PIBIC e TCC, pela confiança depositada.

À Faculdade de Direito do Recife e a todos que a compõem, agradeço pelo esforço diário para manter nossa Casa uma referência no ensino jurídico nacional, mesmo diante de todos os percalços para um ensino público, gratuito e de qualidade. Que seja um até breve.

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar a tese de independência entre as instâncias como solução para uma realidade de multiplicidade sancionatória estatal, realizando um estudo acerca da viabilidade desse argumento e suas implicações no sistema de responsabilização. Para tanto, buscou-se compreender o contexto de aproximação entre o Direito Penal e o sistema de responsabilização por improbidade administrativa, abarcado pelo Direito Administrativo Sancionador, e a possibilidade de reconhecimento da vedação ao *ne bis in idem* entre essas esferas, considerando se tratem de manifestações do poder punitivo estatal. Como forma de alcançar esse objetivo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, além da jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras, com o intuito de obter o suporte teórico necessário para desenvolvimento do trabalho.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Administrativo Sancionador; Improbidade Administrativa; Multiplicidade sancionatória; *Ne bis in idem*.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the thesis of independence between the instances as a solution to a reality of multiple state sanctions, conducting a study on the validity of this argument and its implications for the accountability system. To this end, it is sought to understand the context of approximation between criminal law and the system of accountability for administrative misconduct, covered by the Administrative Sanctioning Law, and the possibility of recognizing the *ne bis in idem* between these spheres, considering that they are manifestations of the state punitive power. In order to achieve this objective, bibliographical research was conducted, in addition to the jurisprudence of the Brazilian Higher Courts, in order to obtain the necessary theoretical support for the development of the work.

Key words: Criminal law; Administrative Sanctioning Law; Administrative Misconduct; Multiple state sanctions; *Ne bis in idem*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CRFB Constituição da República Federativa do Brasil

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

DAS Direito Administrativo Sancionador

LIA Lei de Improbidade Administrativa

p. Página

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TCU Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A PROGRESSIVA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ZONA NEBULOSA	13
2.1	“Administrativização” do Direito Penal e o fortalecimento sancionatório do Direito Administrativo em um contexto social de gerenciamento de riscos	13
2.2	A ideia de unidade do <i>ius puniendi</i> : a transposição de garantias fundamentais do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.....	17
2.3	O microssistema de Improbidade Administrativa como vertente do Direito Administrativo Sancionador	22
3	O ENFRENTAMENTO DA TESE DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS NA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	26
3.1	Limitação do poder punitivo: da lógica de separação dos poderes à independência entre as instâncias.	26
3.2	O julgamento da Reclamação 41.557/SP pelo Supremo Tribunal Federal: um ponto de partida da jurisprudência.....	30
3.3	O princípio do <i>Ne bis in idem</i> como um exame de racionalidade e coerência do ordenamento jurídico	34
4	A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO SANCIONADOR: DISFUNÇÕES NA EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO	41
5	CONCLUSÃO	46
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Franz Kafka, no romance “O processo”, conta a história de Josef K., funcionário com um cargo elevado em um banco, que é detido no dia do seu aniversário, surpreendido com a notícia da instauração de uma investigação em seu desfavor.

A partir daí, tudo começa a desmoronar: todos que o cercam começam a tratá-lo diferente, principalmente em seu local de trabalho.

O grande problema é que K. sequer sabe o motivo pelo qual está sendo processado, qual teria sido o crime supostamente cometido, tampouco o respaldo jurídico da acusação. Ele começa a ir em busca de alternativas para sua defesa, mas se depara com um aparato estatal altamente burocrático, que não lhe oferece qualquer resposta.

O desenrolar da história é claustrofóbico: a estrutura de um poder que sufoca, que extravasa a esfera do público e atinge as mais íntimas particularidades do indivíduo.

Guardando as devidas proporções, não são raras as vezes em que o poder público constrói a figura de um Josef K.

Sobretudo em uma realidade de multiplicidade sancionatória – na qual o indivíduo pode figurar no seio de diferentes tipos de perseguições – não seria de se estranhar um questionamento como “*mas esses fatos já não foram objeto de acusação pelo Ministério Público?*” ou “*já não respondi por essa acusação naquela determinada instância?*”.

Imagine-se um indivíduo, diretor de uma grande empresa nacional, que comete conduta típica descrita como formação de cartel. Nos contornos atuais do ordenamento jurídico, esta mesma conduta atinge diferentes instâncias, e por isso pode ser sancionada no âmbito do direito penal¹, do direito administrativo, segundo as normas de defesa da concorrência reguladas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)², além da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica nos termos da Lei nº 12.846/13 e o ajuizamento de ação civil pública para reparação do dano, conforme dispõe a Lei nº 7.347/85.

As decisões, no entanto, nem sempre são as mais coerentes entre si.

São inúmeros os exemplos para se demonstrar a falta de diálogo no tratamento sancionatório promovido pelo poder punitivo estatal, a ponto de o indivíduo, assim como Josef K., não ter a mínima segurança jurídica sobre as decisões a serem proferidas.

¹ Imagina-se que a conduta praticada poderia encontrar subsunção no art. 4º, II, da Lei nº 8.137/90.

² Art. 36 e 37 da Lei nº 12.529/2011, com aplicação de multas, proibição de contratar com instituições financeiras e participar de licitações, dentre outras sanções;

Ilustrando um tanto dessa realidade, a doutrina³ traz a alegoria da Hidra de Lerna⁴, a qual, segundo a mitologia grega, era descrita como um corpo de dragão e várias cabeças de serpente, como retrato da situação de um indivíduo submetido a múltiplos mecanismos repressivos.

O corpo de dragão representa o Estado, e as cabeças de serpente simbolizam as diferentes instâncias, sobretudo o direito penal, por seu caráter essencialmente punitivo, e o direito administrativo, que, consoante será abordado mais adiante, adquiriu um caráter sancionador em favor do atendimento de expectativas sociais.

Pois bem. O foco do presente trabalho é averiguar a viabilidade do argumento de independência entre as instâncias, frente à intersecção entre o direito penal e o caráter sancionatório do sistema de improbidade administrativa, como uma fórmula mágica para justificar essa multiplicidade sancionatória promovida pelo Estado.

Interessa a constatação de que, para repressão à improbidade administrativa, a manifestação do poder punitivo estatal se extravasa por distintas órbitas jurídicas - especialmente penal, administrativa e cível -, não apenas a partir da aplicação de uma sanção, mas pela própria persecução processual.

Nesse contexto, não se ignora que há uma gravidade distinta nas medidas sancionadoras aplicadas a depender da esfera, contudo, trata-se de pôr em perspectiva se não tem havido uma subversão da lógica das persecuções promovidas pelo Estado nas mais diferentes esferas, sob a justificativa de independência entre as instâncias.

Como eixo central e ponto de partida para qualquer análise sobre essa matéria, sobressai o sistema de responsabilização previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2020, no julgamento da Reclamação nº 41.557/SP⁵, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se deparou novamente com a temática da intersecção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador sob a ótica do princípio do *ne bis in idem*.

Conforme será abordado ao longo do presente estudo, os fundamentos adotados na decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes provocaram, ao menos, uma inquietude em relação ao posicionamento que vinha sendo adotado pela Suprema Corte acerca

³ TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. ***Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas***. Revista Jota, 1 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-administrativas-01082018>> Acesso em: 16 fev. 2023.

⁴ A Hidra de Lerna faz parte da mitologia grega, sendo descrita como um monstro que habitava o pântano junto ao lago de Lerna e tinha um corpo de dragão e várias cabeças de serpente, as quais, se cortadas, poderiam se regenerar.

⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Dje 09/03/2021.

da independência das instâncias e a possibilidade de dupla punição sobre o mesmo fato e pelos mesmos fundamentos.

Embora o precedente firmado pelo STF não solucione de forma definitiva as controvérsias pertinentes a essa problemática, a relevância desse julgamento é pôr em debate pontos cruciais até então aplicados de forma acrítica pelos Tribunais, permitindo o desenvolvimento da jurisprudência e doutrina nos estudos sobre o tema.

O trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, expõe-se a acentuada aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador (DAS)⁶ em um contexto social de gerenciamento de riscos, fenômeno que passou a ser estudado como "administrativização" do direito penal. Para tanto, faz-se um apanhado dos fundamentos e princípios que orbitam a seara do DAS - este abarcando a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa -, como forma de identificar as similitudes entre essas duas áreas e o eixo central do Direito Punitivo.

O segundo capítulo se centraliza na viabilidade do argumento de independência entre as instâncias, considerando que a intersecção entre o âmbito de incidência o direito penal e o regime da improbidade administrativa provoca, por vezes, uma sobreposição de sancionamentos. Pretende-se verificar, nesse sentido, se não só a imposição de sanções, mas a própria coexistência de persecuções processuais nessas duas searas, contraria o princípio do *Ne bis in idem*, por uma dupla punição do mesmo fato, pelos mesmos fundamentos. Ainda como um panorama dessa temática, destaca-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento da questão.

No terceiro e último capítulo, enfrenta-se a necessidade de superar a invocação do argumento de autonomia entre essas esferas como "fórmula mágica", utilizado não raras vezes pelo Judiciário como forma de se esquivar da análise da matéria, por meio de uma fundamentação sempre superficial e repetitiva.

Adianta-se que seria difícil, neste momento, exaurir a complexidade dos temas expostos e encontrar soluções definitivas para os problemas que serão apontados. De toda forma, o interesse no tema parte justamente disso: fomentar cada vez mais o debate sobre a necessária evolução do argumento de absoluta independência entre as instâncias, a ponto de constranger quaisquer tentativas, sobretudo pelo Judiciário, de se manter inerte.

⁶ Para simplificar a menção ao Direito Administrativo Sancionador, será utilizada ao longo do trabalho a sigla "DAS".

2 A PROGRESSIVA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ZONA NEBULOSA.

2.1. A “Administrativização” do Direito Penal e o fortalecimento sancionatório do Direito Administrativo em um contexto social de gerenciamento de riscos

A inevitabilidade de riscos provoca movimentos de relativização da repressão estatal em nome de uma pretensão social de segurança, amparada na expectativa de que o Estado, municiado de normas definidoras de planejamento e organização social, ofereça uma resposta suficiente à estabilização do consenso⁷.

Esse cenário decorre, precipuamente, de fluxos inerentes à própria dinâmica das sociedades, os quais determinam, de acordo com as demandas sociais, estratégias de proteção penal⁸. A partir disso, surgem tanto novas formas de agressão a bens jurídicos já existentes, quanto novas espécies de bens jurídicos penalmente relevantes.

Em um fluxo dinâmico, o direito penal passou a caminhar em direção ao direito administrativo, tornando-se cada vez mais *administrativizado*; enquanto que o direito administrativo, por sua vez, sofreu um recrudescimento sancionatório⁹.

No que se refere ao direito penal, o poder punitivo estatal invoca sua atuação para contenção de riscos da modernidade, na medida em que percebe que a atuação isolada do direito administrativo não atende às expectativas de inibição da insegurança, seja por uma baixa capacidade de intimidação, seja pela ausência de uma estrutura efetivamente repressiva¹⁰.

Aquela clássica referência de combate à criminalidade “das ruas”, contra perfis de sujeitos marginalizados e estigmatizados pelo próprio sistema penal, é ultrapassada por riscos que perpassam campos da sociedade como sistema financeiro, tributário, meio ambiente, etc. Como observa Jesús-María Silva Sanchez:

⁷ Segundo Pierpaolo Bottini, o Direito Penal assume a função de preservar o desenvolvimento do modelo social no qual ele está inserido, fazendo isso por meio da conservação de expectativas de convivência. Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁸ MEDEIROS, Alice Bernardo Vonoroff de. Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 18 – 28.

⁹ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 68.

Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – e, em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como “*bens escassos*”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o increment essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realizadas que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico.¹¹

Essa revisão das bases clássicas¹², de forma a abranger novos focos de criminalidade, perpassa por uma estratégia de flexibilização dos princípios político-criminais e das regras de imputação, como uma alternativa para introduzir novos objetos de salvaguarda nos processos de criminalização e, consequentemente, justificar a expansão do âmbito de incidência da intervenção estatal.

Inevitavelmente, esse movimento é marcado por um processo de subversão do princípio da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*, além da fragilização de outros, como lesividade, taxatividade e culpabilidade.

Essa busca por uma tutela eficiente de contenção de riscos provocou uma transição daquele modelo inicial de tipificação de delitos contra lesões a bens individuais para casos nos quais se introduziu a discussão sobre um perigo, ainda que presumido, a bens supraindividuais¹³.

Notabilizou-se, portanto, a tipificação de delitos de perigo abstrato e a elaboração de tipos penais abertos, cuja produção legislativa decorre da impossibilidade de prever e descrever todos os possíveis riscos globais e universais, dos quais todos se tornam, a um só tempo, vítimas e autores potenciais de ilícitos.

¹¹ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 29. Grifos do original.

¹² Explica Paulo Cesar Busato que “Enquanto o Direito penal d’atanzo se ocupava com a proteção da vida, do patrimônio, da honra e pouco mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens jurídicos que não só encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular”. BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte geral**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

¹³ Sobre o Direito penal moderno: “Em largos traços, seriam expressões do Direito Penal moderno a criminalidade empresarial, o Direito penal da globalização, marcado pelos novos riscos, os “eurodelitos”, e o Direito penal do inimigo. Situado na transição entre um modelo de Estado liberal e um Estado social intervencionista, posterior à segunda Guerra Mundial, tal é o cenário social onde floresceria o Direito penal moderno, muito mais conectado à disciplina das atividades econômico-financeiras, usando o Direito penal com fins de organização, prevenção e tutela antecipada.” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de: **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 27.

O que se tem observado, portanto, é que, em nome de uma pretensão de segurança social¹⁴, muito em virtude de uma proteção a contextos mais amplos e genéricos¹⁵, tem-se produzido cada vez mais um cenário em que o Direito Penal, que anteriormente reagia contra - e de forma posterior - a um fato lesivo individualmente delimitado, passa a atuar como um direito de gestão punitiva, em nome de uma contenção de riscos gerais¹⁶.

Não por outro motivo, esse fenômeno é conhecido como “administrativização” do Direito Penal.

O processo de mudança de perspectiva na proteção penal, a partir da modificação de própria estrutura e conteúdo material dos tipos penais¹⁷ é marcado por uma espécie de simbiose entre as normas de direito penal e administrativo¹⁸, por meio da qual há o preenchimento de elementos do tipo penal por conceitos administrativos, como regulamentos, ou mesmo pela importação de princípios da própria seara administrativa.

Na doutrina, conceitua-se a aproximação existente entre esses ramos jurídicos de assessoriedade¹⁹ administrativa ao Direito Penal.

A principal característica dessa “administrativização” do Direito Penal consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal²⁰, uma vez que para compreender a tipicidade e a própria ilicitude de uma conduta proibida pelo direito penal, torna-se necessário recorrer a elementos próprios do direito administrativo.

Com uma posição um tanto radical, Miguel Reale Júnior afirma que:

¹⁴ Sobre os processos de radicalização da insegurança social e produção de tipos penais meramente simbólicos: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PUSCHEL, Flavia Portella (Orgs). Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 167-202.

¹⁵ A título exemplificativo, pode-se citar a proteção ao meio ambiente.

¹⁶ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁷ *Ibidem*, p. 29.

¹⁸ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo**. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord.) – MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017, p. 81.

¹⁹ Helena Regina Lobo da Costa defende o uso do termo assessoriedade, por entender que o direito administrativo assessoria o penal, ajudando na construção do tipo, e, portanto, não seria meramente seu acessório. (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 66- 68). Luís Greco, por outro lado, adota a terminologia majoritariamente identificada na literatura de “acessoriedade” administrativa (GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, maio 2006, pp. 159-162)

²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 173.

A Administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matéria antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.²¹

Esse posicionamento denota que a grande problemática da administrativização são os limites necessários à utilização do direito penal. Isso porque, passa-se a criminalizar matérias de caráter organizacional e que não encontram correspondência no âmbito político-criminal, de forma que a esfera punitiva começa a abranger condutas que, em seu nascedouro, deveriam se restringir aos regramentos administrativos.

Por consequência, tem-se um movimento transversal: se, de um lado, o direito penal tem recorrido cada vez mais ao direito administrativo para estabelecer seu âmbito de incidência, a ideia de que as normas administrativas puramente preventivas não são suficientes à contenção dos riscos sociais também acentua a intervenção estatal e a atribuição de um caráter sancionador ao direito administrativo²².

Houve, assim, uma acentuação do poder sancionatório da Administração Pública, proliferando uma série de leis de caráter cada vez mais rigoroso e repressivo.

Essa adoção de respostas alternativas, pode ser observada a partir da promulgação de estatutos legislativos como a Lei nº 12.846/13, que dispõe sempre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública; a Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e prevê instrumentos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e, principalmente, pelo objeto do presente trabalho, a Lei nº 8.429/92 – reformada pela Lei nº 14.230/2021- que dispõe sobre a prática de atos de improbidade administrativa e as respectivas sanções aplicáveis²³.

É interessante notar que essas legislações são, inegavelmente, *zonas de encontro* entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, seja pela proximidade entre o conteúdo das normas administrativas sancionadoras e dos tipos penais dos crimes em espécie, seja pela coincidência entre as sanções cominadas, ou mesmo pela previsão de institutos

²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

²² FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais**: análise dos processos da ANP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 56.

²³ Adiantando um ponto que será melhor abordado em tópico próprio, a Lei de Improbidade Administrativa constitui um marco no exame do sistema de responsabilização atribuído pela própria Constituição Federal/88 (art. 37, §4º), prevendo as seguintes sanções aos agentes públicos e particulares que atentem contra a probidade administrativa: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Além destas reprimendas, a legislação infraconstitucional previu ainda as sanções de pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

despenalizadores, como acordo de não persecução²⁴, acordo de leniência e o *criminal compliance*.²⁵

Nesse contexto, o fenômeno da “agencificação” também causou uma expansão do direito administrativo sancionador pela criação de diversas autarquias com atribuições regulatórias, as quais foram investidas com competências sancionadoras para incidência em relevantes setores sociais²⁶.

Como resultado, a consequência é que essa intensa aproximação entre as instâncias penal e administrativa, em virtude da expansão de ambos, não só traz dificuldades para delimitação do espaço de incidência do DAS e das balizas para orientar a atuação sancionatória da Administração Pública, como faz com que as fronteiras entre essas esferas sejam cada vez menos demarcadas, provocando um cenário em que sanções estatais passam a ser cumular e confundir.²⁷

A partir do reconhecimento da intersecção entre essas áreas, passa-se a analisar a construção desse modelo sancionatório de direito administrativo e sua relação com a previsão de um tratamento próprio à apuração dos atos de improbidade administrativa.

2.2. A ideia de unidade do *ius puniendi*: a transposição de garantias fundamentais do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

Ao presente trabalho interessa a constatação de que o Estado promove uma multiplicidade sancionatória, a partir da punição de um mesmo fato, diversas vezes e de formas distintas, seja por meio do direito penal, cada vez mais *administrativizado*, seja do direito administrativo, cada vez mais sancionador.

Em torno dessa análise, há diversos pontos sensíveis, notadamente quanto à distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal, bem como à tese de unidade do *ius puniendi* à aplicação prática do direito administrativo sancionador.

²⁴ A previsão do acordo de não persecução cível, como negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e pessoas físicas ou jurídicas investigadas pela prática de improbidade administrativa, foi inserida pela Lei nº 14.230/21. Cumpre observar o artigo 17, §1º, que passou a vigorar com a seguinte redação: “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”

²⁵ BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 49

²⁶ A título exemplificativo, é possível citar a Lei n 13.506/2017, que coordena o processo administrativo sancionador por meio da atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários.

²⁷ CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 241.

Não há pretensão, contudo, de exaurir a discussão acerca desses temas.

Afinal, a tentativa de distinção entre ilícito administrativo e penal há muito perdura com base em duas perspectivas antagônicas; de um lado, diz-se que entre ambos há uma diferenciação de ordem qualitativa (ontológica) e, de outro, uma meramente quantitativa ou de grau²⁸.

Essa zona nebulosa, por vezes, desconsidera formulações de política criminal e o debate político sobre o tema.

Por ora, parte-se do pressuposto de que delito e infração administrativa são, ambos, manifestações do poder punitivo estatal para proteção de bens jurídicos.

Em tese há muito advogada pela doutrina²⁹, afirma-se que o ilícito administrativo não é indiferente ao desvalor ético-social atribuído à conduta proibida e, assim, não se restringe simplesmente aos interesses da administração. Afinal, ainda que sejam normativamente distintos - delito e sanção administrativa - a relevância ético-social da conduta, cujo grau pode ser menor ou maior, sempre em face da tutela de bens jurídicos, não deixa de existir. Nesse sentido, explica Luiz Regis Prado³⁰:

É inconvincente também a assertiva de que o ilícito administrativo não tutela bens jurídicos, mas apenas os interesses da Administração. Ora, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo prestam-se a tutelar bens jurídicos, sendo que o primeiro deve subordinar-se aos princípios fundamentais penais e constitucionais penais, como, por exemplo, da intervenção mínima e da fragmentariedade, e o segundo, além de certos postulados legais inerentes à atuação administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa), pode também vincular-se a outros princípios originariamente penais ou processuais penais (legalidade/culpabilidade/proporcionalidade/ampla defesa/contraditório).

Essa constatação está intimamente relacionada à ideia de racionalidade da política sancionadora.

Como afirma Fábio Medina Osório, toda sanção possui como elemento objetivo um efeito aflitivo, característica necessária para que se considere uma determinada medida como de natureza sancionatória³¹. Esse efeito é identificado como uma espécie de castigo, uma vez que implica um juízo de privação de direitos quando da redução da esfera de liberdades ou patrimônios.

²⁸ PRADO, Luiz regis. **Direito Penal do Ambiente**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.

²⁹ Nesse sentido: JÚNIOR, Miguel Reale. **Ilícito Administrativo e ius 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.

³⁰ PRADO, Luiz regis. *Op. cit.*, p. 86.

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, rb. 2.1.3.

Ao tratar da teoria do processo sancionador, o referido autor faz referência à existência do ramo Direito Público Punitivo³², como terminologia fiel à dimensão sancionatória estatal, apta a abarcar os instrumentos de implementação de normas punitivas aplicados em diferentes áreas, seja o próprio direito processual penal, seja o processual administrativo - considerando aquele aplicado pela Administração Pública ou indiretamente pelo Judiciário.

Segundo Osório, a razão para se construir um sentido amplo para o processo punitivo é tornar mais coerente a dinâmica sancionatória da atividade estatal.

Identificar uma unidade no direito de punir do Estado, nesse contexto, não implicaria qualquer óbice à interpretação de que há uma gradação entre sanções, tipos de ilícito, e importância dos bens jurídicos, bem como que, nessa intersecção entre o direito penal e o caráter sancionatório direito administrativo prepondera uma zona de discricionariedade do legislador³³.

Todavia, não significa que cada segmento do poder público atue como uma unidade hermética e indevassável a valorações realizadas em outras searas³⁴. Afinal, ainda que a lei não estabeleça uma relação direta entre as instâncias penal e administrativa, a existência de justa causa para persecução penal exige a verificação do desvalor da conduta para as outras esferas de controle social.

Pensar o contrário, significaria desnaturar princípios caros ao direito penal, vinculados a *ultima ratio* da intervenção penal e sua fragmentariedade.

Isso porque, se o Direito Penal é tratado como um instrumento de intervenção apenas diante de ineficácia de outros mecanismos de controle social, em termos práticos, como explicar a legitimidade da sanção criminal para uma conduta considerada lícita na seara cível ou administrativa? Como justificar a necessidade da repressão penal a uma conduta supostamente anticoncorrencial considerada lícita pelo CADE? Ou a um procedimento licitatório reconhecidamente regular pelo TCU?

Entende-se que a limitação do *ius puniendi* estatal, nesse contexto, se opera por meio do reconhecimento: a) das zonas limítrofes entre o DAS e o Direito Penal; b) da expansão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador³⁵.

³² *Ibidem*, par. 4.2.1.2.

³³ CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Op. cit.*, p. 127.

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Independência das esferas administrativa e penal é mito. **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitosadministrativo-penal-mito>. Acesso em: 10 fev. 2023.

Não se trata de esvaziar a postura sancionatória da Administração em torno da aplicação de balizamentos próprios do direito penal, pois não se discorda que delito e infração administrativa são distintos em sua essência. Como já dito, apenas parte-se do pressuposto de que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se diante de manifestação punitiva do Estado³⁶.

Em verdade, a teoria de que o poder punitivo estatal é uno - como forma de conter o poder arbitrário da Administração Pública - a partir da transposição de garantias e princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, guarda forte influência do direito espanhol em virtude dos movimentos políticos contra a ditadura³⁷.

Não se questiona, portanto, que essa ideia não pode ser simplesmente comportada no ordenamento jurídico brasileiro, sem se ater às especificidades de cada seara.

Doutrinadores como Osório³⁸, mais tendentes a uma diferença ontológica entre sanção administrativa e sanção penal, afirmam que, vigorando uma pretensão punitiva unitária ou não, certo é que essas duas disciplinas – direito penal e direito administrativo sancionador – obedecem a comandos constitucionais e, portanto, submetem-se a princípios comuns que norteiam o poder punitivo estatal.

Afinal, mesmo em um discurso de justificação do direito administrativo sancionador³⁹, nada parece obstar a recomendação de aplicação dos princípios norteadores das punições criminais, cuja sistematização é inequivocamente mais consolidada, às sanções administrativas, mantendo-se, por óbvio, as peculiaridades destas.

Nesse sentido, o STJ já reafirmou o entendimento de que haveria uma justaposição entre os institutos do direito penal e do direito administrativo sancionador, sob o argumento de que “*onde permanecem as mesmas razões, permanece a mesma compreensão*”⁴⁰.

³⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37802>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³⁷ MEDEIROS, Alice Bernardo Vonoroff de. *Op. cit.*, pp. 159-168.

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*

³⁹ MEDEIROS, Alice Bernardo Vonoroff de. *Op. cit.*, pp. 94-98.

⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 09/03/2021. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no Resp nº 1086994/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 18/12/2020. Em igual sentido: BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1605701/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 04/10/2016; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS nº 37031/SP, Rel. Min. Regina Helena da Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

No paradigmático julgamento da Reclamação nº 41.557/SP, cuja análise será melhor realizada em tópico próprio, o Ministro Gilmar Mendes fez expressa menção em seu voto ao seguinte trecho da tese de doutorado de Ana Carolina de Oliveira⁴¹:

A unidade do *ius puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade e presunção de inocência e *ne bis in idem*.

Segundo o Ministro, a assunção desse pressuposto - sobretudo com base na ideia de que muitas dessas garantias não são exclusivas do direito penal, mas decorrem da simples imposição de sanções pelo Estado ao particular⁴² - implica compreender que tais princípios devem ser aplicados não somente no interior de cada subsistema punitivo, mas, sobretudo, na relação entre ambos⁴³.

Trata-se, portanto, de adotar um discernimento que “*contemple a ideia de unidade do ordenamento jurídico, estruturando-se uma relação não de identidade, mas de coordenação entre os diferentes ramos que incidem na formação do ilícito e de sua sanção*”⁴⁴, como conclui Helena Regina Lobo:

Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. (...) crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão.⁴⁵

Isso porque, como visto, a falta de coordenação no movimento de aproximação entre os sistemas penal e administrativo instaura um cenário de sobreposição de âmbitos de incidência e, consequentemente, de sancionamento.

Não raras vezes, a intensidade da sanção administrativa é mais acentuada que aquela aplicada em um processo criminal, sem que a gravidade da reprimenda implique um sistema completo de garantias, haja vista que há pouco desenvolvimento teórico sobre o conjunto de garantias aplicáveis no momento da imputação de sanção administrativa⁴⁶.

⁴¹ CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Op. cit.*, 24, *apud* BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Dje 09/03/2021, p. 12 do acórdão.

⁴² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo**. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 205.

⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Dje 09/03/2021.

⁴⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**, p. 235.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁶ Nesse sentido, afirma Ana Carolina que “(...) comparar e aproximar Direito Penal e administrativo sancionador pode ser positivo para os operadores desta área em dimensões que vão além da inspiração de garantias. É possível, por exemplo, enriquecer a interpretação da sanção administrativa através da remissão a problemas já bastante depurados no Direito penal, tal como as definições de autoria, participação,

Afinal, como mesmo ressaltado pelo Ministro Gilmar em seu voto “*trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação*”, em nome de um tratamento sancionatório coerente pelo aparato estatal, e com racionalidade jurídica.

2.3. O microssistema de Improbidade Administrativa como vertente do Direito Administrativo Sancionador

Inaugurando um sistema singular e autônomo de responsabilização, o §4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁴⁷ edificou um regramento basilar de sancionamento de atos de improbidade administrativa, à luz de um conteúdo normativo propriamente constitucional.

A Constituição, naquele momento, redesenhou a atividade sancionatória, não só conferindo uma identidade à ilicitude – improbidade administrativa -, mas arvorando um microssistema de sanções a ser observado pelo legislador federal, em torno da defesa do interesse público a que as instituições estatais estão preordenadas.

Erigida à condição de bem jurídico público⁴⁸, a tutela da probidade surge como instrumento de combate a práticas de corrupção, em um contexto de reafirmação do Estado Democrático de Direito, pós regime ditatorial (1964-1985), como reação sancionatória a práticas que desvirtuam a funcionalidade do aparelho estatal no atendimento das carências econômicas e sociais.

A disposição do artigo 37, §4º da CRFB funciona, portanto, como uma cláusula de judicialização mandatória da competência sancionadora estatal⁴⁹, na medida em que busca disciplinar o cruzamento de diferentes instâncias de controle para persecução de atos ímprobos, evidenciando a reprovabilidade das condutas que atentem contra a probidade e moralidade administrativas.

antijuridicidade, culpabilidade, causas de aumento e diminuição, cômputo de prescrição etc., especialmente diante da escassez de teoria geral para aplicação das consequências jurídicas previstas pela administração.” CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Op.cit.*, 127.

⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁴⁸ Quanto ao caráter autônomo desse sistema de responsabilização, afirma-se que “*É deveras fundamental não assimilar a improbidade administrativa como uma mera espécie de responsabilidade administrativa, de cunho disciplinar (...)*” PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto; POZZO, Augusto Neves Dal (coords.). *Lei de Improbidade Administrativa Reformada: Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa*. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, rb. 1.

⁴⁹ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.*

Em 1992, a Lei nº 8.429 surge no ordenamento jurídico brasileiro para complementar, no plano infraconstitucional, o regramento estatuído pelo parágrafo 4º do art. 37 da CRFB. Reforçando a identidade de um novo sistema de responsabilização, o artigo 12, *caput*, deste diploma legal, em sua redação original, afirma que uma vez identificação o cometimento de ato ímprobo “*independentemente das sanções penais, civis e administrativa*”, as sanções dispostas no artigo devem ser aplicadas.

Durante quase trinta anos em vigor, a Lei nº 8.429/92 recebeu duras críticas, sobretudo relacionadas ao ajuizamento indiscriminado de ações de improbidade administrativa, por promover um microssistema arbitrário de persecução de “*caça aos ímprobos*”⁵⁰, apontando-se diferentes razões para essa disfunção; seja a quantidade de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais⁵¹; seja a falta de critérios adequados para dosimetria das sanções⁵².

Como resposta a esse cenário, a Lei nº 14.230/21 surge para promover alterações na Lei nº 8.429/92, buscando implementar conceitos e critérios mais objetivos a respeito do que se entende por improbidade administrativa, destacando-se a exigência de dolo para caracterização do ato ímprobo, a demarcação de prazos de prescrição, além delimitação de figuras típicas⁵³.

⁵⁰ Nesse sentido, Rodrigo Valgas faz uma alusão ao acontecimento medieval de “caça às bruxas” para fazer referência à forma como a LIA desenvolveu um sistema de persecução arbitrária. Cf.: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁵¹ Como afirma Mauro Roberto Gomes, o fato de os enunciados da maioria dos tipos administrativos em estatutos disciplinares serem abertos, exige do aplicador evitar que a extensão conceitual de determinadas figuras típicas amplie seus próprios contornos, culminando em excessos. GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de direito administrativo sancionador. *Direito Público*, 01/11/2021, Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/11/aplicacao-retroativa-da-lei-no-14230-2021-lei-de-improbidade-administrativa-mauro-roberto-gomes-de-mattos.pdf>. Acesso em: 26 de fev. 2023.

⁵² Sobre o tema, Edilson Vitorelli expõe que a discricionariedade administrativa pode ser entendida como o “Cavalo de Tróia” no Estado de Direito, uma vez que conceitos jurídicos indeterminados representam um desafio aos juristas e ao administrador público, na medida em que se afastam dos ditames da ordem jurídica, sejam estes dotados de menor ou maior grau de abstração. VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma**. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 1-290, outubro/dezembro – 2019, p. 198-199.

⁵³ Tais delimitações são objeto do ARE 843.989/PR, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF no Tema nº 1199. No julgamento, foram fixadas as seguintes teses: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Ao presente trabalho, interessa a constatação de que a nova LIA reconhece a inserção da improbidade administrativa no âmbito de incidência do direito administrativo sancionador.

Embora a lei anterior deixasse muitas margens para essa interpretação, agora, o parágrafo 4º do artigo 1º da Lei nº 14.230/21 reconhece expressamente que “*aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinados nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.*”

Por ser uma ação precipuamente sancionatória⁵⁴, a lei de improbidade administrativa guarda particularidades, sobretudo processuais, com o propósito de assegurar garantias próprias aos acusados que se submetam a essa manifestação do poder punitivo estatal⁵⁵, a partir da incidência de princípios comuns às sanções penais e administrativas⁵⁶, o que atrai a aplicação do regime jurídico do direito administrativo sancionador. Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁵⁷:

É certo que o tema da improbidade administrativa encontra-se abordado no seio de diferenciadas ramificações do Direito (constitucionalistas, penalistas, processualistas etc.). Todavia, o estudo sistemático da Improbidade Administrativa cabe, do ponto de vista material, ao Direito Administrativo Sancionador. Esta conclusão deriva do status constitucional do domínio punitivo, que visa a responsabilidade autônoma e geral de quaisquer agentes públicos (e terceiros pessoas físicas e jurídicas responsáveis) pela prática dos ilícitos tipificados na legislação de regência, tratada como tutela constitucional da Administração Pública no contexto da Organização do Estado, na Constituição Federal.
(...)

⁵⁴ Nesse sentido, em termos processuais, já se lecionava que “*ação de improbidade é ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades*” ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 101

⁵⁵ Sob esse aspecto, afirma Calil Simão que a ação de improbidade administrativa é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular “*a ação de improbidade administrativa, portanto, é uma ação de natureza essencialmente punitiva. O caráter punitivo é principal, essencial, sem o qual a ação não pode ser proposta.*”

⁵⁶ Acerca da natureza sancionatória da improbidade administrativa, que a aproxima do Direito Penal, explicam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira quanto à incidência de princípios do Direito Público Sancionador: “*As sanções penais e administrativas, em razão de suas semelhanças, submetem-se a regime jurídico similar, com a incidência de princípios comuns que conformariam o Direito Público Sancionador, especialmente os direitos, garantias e princípios fundamentais consagrados no texto constitucional, tais como: a) legalidade, inclusive a tipicidade (art. 5º, II e XXXIX; art. 37); b) princípio da irretroatividade (art. 5º, XL); c) pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); d) individualização da pena (art. 5º, XLVI); e) devido processo legal (art. 5º, LIV); f) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); g) razoabilidade e proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV).*” HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/12/lei-mais-benefica-no-direito-administrativo-sancionador-e-a-reforma-de-lei-de-improbidade.pdf>. Acesso em: 02 de mar. 2023.

⁵⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. In: Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 22, p. 30. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 05 de mar. 2023.

A análise científica do domínio punitivo da improbidade deve ser realizada pelo Direito Administrativo Sancionador, que passou a congregiar todas as sanções impositivas por ilícitos praticados por agentes públicos, mesmo que decretadas pela jurisdição cível comum, já que não revestidas de caráter penal. Em rigor, é possível defender que o artigo 37, parágrafo 4º, funciona como cláusula de judicialização obrigatória da competência sancionadora, quando o Estado busca punir expressamente ilícitos qualificados como “atos de improbidade administrativa” descritos em lei.

Por essas razões, o afastamento do sistema da improbidade administrativa da esfera cível, com o distanciamento da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85, está expresso no artigo 17-D da Lei nº 14.230/21:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A lei é clara, portanto, em abrigar o regime da improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, reforçando sua natureza eminentemente sancionatória, o que converge para a interpretação de que há uma completa aproximação entre o direito penal e a improbidade administrativa.

Essa relação improbidade-crime pode ser observada, na prática, pela responsabilização concomitante via ação penal e ação de improbidade administrativa, pelos mesmos fatos, em caso de cometimento dos crimes contra a Administração Pública previstos no Capítulo I do Título XI do CP, crimes licitatórios da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/21), além de crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67).

Com base nessa justaposição de âmbitos de incidência é que se pretende averiguar o possível confronto entre a responsabilização prevista na lei de improbidade administrativa e o princípio da vedação do *bis in idem*, em face do direito penal.

3 O ENFRENTAMENTO DA TESE DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS NA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

3.1. Limitação do poder punitivo: da lógica de separação dos poderes à independência entre as instâncias.

A jurisprudência das Cortes Superiores costuma afastar o reconhecimento do *bis in idem* em caso de múltipla existência de sanções e processos, sobre os mesmos fatos, por meio da afirmação de que cada instância seria autônoma, possuindo um tratamento repressivo independente⁵⁸.

Muito embora os fundamentos teóricos desse argumento não sejam tão evidentes assim, aplicadas as razões que fundamentam a divisão dos poderes (art. 2º da CRFB⁵⁹), tem-se que a separação entre as esferas jurídicas possibilita o desenvolvimento de vários microsistemas punitivos especializados, a depender de seu reflexo em diferentes ramos jurídicos, seja na esfera penal, administrativa ou civil.

Essa prerrogativa do legislador de prever consequências jurídicas em modelos de sancionamentos distintos encontra base constitucional no já mencionado artigo 37, §4º da CRFB, o qual autoriza a aplicação de sanções civil/administrativa pela prática de atos ímprobos, sem prejuízo daquelas aplicadas pelo juízo criminal.

No mesmo sentido, os artigos 935 do Código Civil e 66 do Código de Processo Penal corroboram o regramento constitucional ao estabelecerem, respectivamente, que “a responsabilidade civil é independente da criminal” e que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta.”

Há, contudo, que se considerar que a independência entre as funções estatais surge como um instrumento de equilíbrio para conter o abuso de poder punitivo, frente à perspectiva de proteção dos direitos fundamentais e de autonomia do indivíduo.

⁵⁸ 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. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

⁵⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Na leitura de Luigi Ferrajoli, essa tentativa de assegurar a racionalização e limitação do poder exercido pelos órgãos estatais se traduz em uma teoria de *garantismo*, por meio da qual se reforça o ideal democrático:

o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado⁶⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de relatoria do Ministro Celso de Mello, manifestou-se no sentido de que o controle do exercício abusivo das prerrogativas estatais constitui uma exigência do regime democrático, visto que representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e a garantia de efetividade dos direitos proclamados pela Constituição:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.⁶¹

Questiona-se, contudo, se uma ideia irrestrita de autonomia entre as instâncias provocaria a acumulação de sancionamentos e a própria expansão desregrada do poder punitivo, contrariando a própria finalidade da independência entre as funções estatais – limitar o abuso de poder.

Isso porque, para além da própria utilização desse argumento como meio para permitir o acúmulo desproporcional de sanções, a invocação de uma independência absoluta entre as instâncias desconsidera a possibilidade de determinada órbita sancionadora aguardar o posicionamento firmado na outra esfera punitiva, quando apreciando os mesmos fatos, a fim de compatibilizar os argumentos para eventual absolvição ou condenação, sob pena de serem proferidas decisões conflitantes.

⁶⁰ Aprofundando-se, no tema, o autor afirma que “Essa acepção muito se assemelha à teoria do garantismo penal, pois, segundo Ferrajoli “Com tal concepção [de que a ação punível advém exclusivamente da lei] podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro deles é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido: por jus entende Hobbes a ‘liberdade que a lei me confere para fazer coisa que lei não me proíba, e a de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene’. O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como ‘tipos objetivos’ de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal: enquanto toda pré-configuração normativa de ‘tipos subjetivos’ de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41).

⁶¹ STF, Mandado de segurança 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.5.2000, p. 2.

Sem enfrentar devidamente a complexidade que exige a matéria e meramente replicando esse fundamento de absoluta autonomia, atribuindo-lhe uma natureza principiológica, a jurisprudência passou a adotá-lo para a justificar uma multiplicidade de persecuções processuais e sanções por um mesmo fato, contra um mesmo indivíduo.

Em 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 976.566/PA⁶², o STF fixou tese de repercussão geral no Tema 576, no sentido de 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.”*

Na ocasião, havia sido ajuizada ação de improbidade administrativa em virtude da apuração de fraude por gestores públicos na aplicação de verbas oriundas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério.

À unanimidade, foi negado provimento ao Recurso Extraordinário, amparando-se no fundamento de que, em razão da autonomia de instâncias, independentemente de as condutas apuradas serem tipificadas como infração penal ou político-administrativa, previstas no DL 201/67, não haveria óbice à responsabilização por ato de improbidade administrativa, a qual deveria ser apurada de forma independente e especializada.

Na intenção de justificar uma aparente sobreposição dos atos de improbidade administrativa em relação aos atos ilícitos em geral, o acórdão faz expressa menção ao fato de serem os atos ímprobos especialmente nocivos à sociedade, razão pela qual a norma constitucional no artigo 37, §4º, teria previsto tratamento sancionatório próprio à sua apuração. Eis o acórdão ementado:

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 CÍCETO. 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 corrupção, e a de todo aquele que o auxilie no intuito de

⁶²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 976.566/PA, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, data de julgamento 13/09/2019.

prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político administrativa de Prefeitos e Vereadores.

4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa.

5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSSÃO 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 976.566/PA, Min. Rel. Alexandre de Moraes, data de julgamento 13/09/2019)

Sem qualquer pretensão de adentrar nas peculiaridades fáticas do caso que permitiram chegar à tal conclusão, é de se notar que a superficialidade com que a jurisprudência invoca a independência entre as instâncias, de forma indiscriminada, muito se deve a um juízo acrítico em relação à própria coerência de sua atuação.

Posicionando-se contra a adoção dessa ideia como “*dogma inquestionável*”, explica Helena Lobo da Costa que a interpretação no sentido de que deve prevalecer uma independência absoluta entre as instâncias revela um equívoco metodológico, com diversas inconsistências práticas:

Em nossa doutrina e, especialmente em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia. (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário.⁶³

A noção de independência mitigada, a partir de uma comunicabilidade entre as instâncias parece ser a mais acertada, uma vez que se compatibiliza com os princípios constitucionais que garantem segurança jurídica no *ius puniendi* estatal, sobretudo a vedação ao duplo sancionamento por um mesmo fato (*ne bis in idem*).

⁶³ LOBO DA COSTA, Helena. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**, p. 119.

Como afirma Fábio Medina Osório, a radicalização da independência entre as esferas estatais conduz ao “*isolacionismo das instâncias, à falta de harmonia entre os Poderes à insegurança jurídica, em muitos níveis relevantes*”⁶⁴.

Afinal, para que a ideia de separação dos poderes de fato se traduzisse em um instrumento de proteção à liberdade do indivíduo, idealizou-se um arranjo de mútua fiscalização⁶⁵, no que estaria consubstanciada a *harmonia* entre eles, mencionada pelo próprio texto constitucional em seu já mencionado seu artigo 2º.

Há, portanto, na própria finalidade da independência, uma razão para a comunicabilidade entre essas esferas, afastando-se o equívoco de antagonizar a ideia de funções estatais harmônicas com a razão de ser da separação dos poderes, sob pena de se incorrer em uma verdadeira tensão interinstitucional e de deslegitimar o ideal democrático.

O esforço de uma colaboração e controle recíprocos entre as instâncias⁶⁶, que se coaduna com a lógica de harmonia entre os poderes, busca evitar uma atuação incoerente e conflitante entre os órgãos do aparelho estatal e, conseqüentemente, uma deliberada ingerência na liberdade do indivíduo, face à insegurança na resposta punitiva estatal.

Exatamente por isso, o diálogo entre essas esferas em nada se contrapõe à ideia de independência, uma vez que a especialização das funções estatais em prol de um fim constitucional comum - conter o abuso de poder - se traduz em uma lógica não de absoluta separação, mas de interdependência entre as instâncias.

A busca por uma coerência e racionalidade do poder punitivo estatal, sobretudo para garantia de uma maior segurança jurídica, conduz à possibilidade de se reconhecer a vedação ao *ne bis in idem* entre esferas sancionadoras distintas na medida em que, citando novamente Helena Regina Lobo da Costa “*harmoniza-se muito mais aos ditames constitucionais do que a mal fundada e incoerente ideia de que as instâncias seriam independentes*”.⁶⁷

Consoante será melhor abordado adiante, mesmo antes da reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021, a jurisprudência já vinha se orientando no sentido de reconhecer uma temperança na ideia de independência entre as instâncias, fundada na vedação ao *ne bis in*

⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador** [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2022, par. 4.2.1.1.

⁶⁵ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 178, abr.-jun. 2008, p. 202

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47

⁶⁷ LOBO DA COSTA, Helena Regina. ***ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador**. Boletim do Ibccrim, n. 340, 2021. Ainda sobre o assunto, a autora afirma que “[A independência entre instâncias] *nega todos os pontos de contato entre direito administrativo e direito penal, como se pudessem se desenvolver paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógicas jurídicas*”.

idem processual entre poderes punitivos distintos em face do regime da improbidade administrativa.

3.2. O julgamento da Reclamação 41.557/SP pelo Supremo Tribunal Federal: um ponto de partida da jurisprudência.

A análise do julgamento da Reclamação 41.557/SP é de suma importância no contexto ora examinado, considerando o pontapé inicial dado no sentido de alterar um entendimento por muito tempo repisado sem qualquer criticismo.

Em decisão paradigmática, publicada em 15 de dezembro de 2020, o Ministro Gilmar Mendes deferiu medida cautelar nos autos da Reclamação 41.557/SP, no sentido de determinar o sobrestamento da ação civil por ato de improbidade administrativa, por entender pela proibição de dupla persecução, pelo mesmo fato, nas searas penal e administrativa, após o arquivamento da ação penal pelo Supremo Tribunal Federal com base na ausência de provas de autoria delitiva.

Necessário, portanto, contextualizar o objeto da Reclamação nº 41.557/SP.

Em maio de 2018, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra investigado na Operação “Alba Branca”, pela suposta prática dos delitos previstos no art. 317, *caput*, do Código Penal e art. 1º da Lei nº 9.613/98, em concurso material.

Contra essa decisão, impetrou-se ordem de *Habeas Corpus* alegando a ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal, ante a inexistência de provas de materialidade e autoria delitivas em prejuízo do então paciente, pugnando-se, assim, pelo trancamento da ação penal.

O *writ* foi distribuído ao Supremo Tribunal Federal (HC nº 158.319), sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual concedeu a ordem em caráter liminar para rejeitar a denúncia e determinar o trancamento do processo penal.

Ocorre que, após o trânsito em julgado do *Habeas Corpus*, o Ministério Público ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face do mesmo acusado, com base nos fatos que deram causa à instauração da ação penal trancada pelo STF. A inicial da ação de improbidade foi recebida pela 12ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Em face disso, a defesa do investigado ajuizou a Reclamação nº 41.557/SP perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que o ajuizamento da ação de improbidade

pelo Ministério Público Federal, “*repetindo rigorosamente os mesmos fatos e sem nenhuma inovação no contexto probatório*”, estaria violando a decisão da Corte Suprema que determinou o trancamento da ação penal.

Para tanto, argumentou-se que a decisão que determinou o dito trancamento não se baseou em insuficiência probatória, mas na demonstração inequívoca de ausência de participação do então Reclamante nos fatos veiculados pela hipótese criminal.

A pretensão do Reclamante, portanto, era no sentido de estender os fundamentos da decisão de negativa de autoria nos autos do *habeas corpus* (ação penal) para a ação de improbidade administrativa.

Para fundamentar sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação, estabeleceu os seguintes referenciais: (I) É legítimo o cotejo de panoramas fático-probatórios de procedimentos distintos para fins de verificação de afronta à autoridade de decisão do Supremo em sede de Reclamação?; (II) O acervo fático-probatório utilizado como substrato empírico para fundamentar o deferimento da petição inicial e da cautelar na ação civil de improbidade administrativa se identifica com o material que ancorou o processo penal trancado no STF nos autos do *Habeas Corpus*?; (III) A demonstração de negativa de autoria foi uma das razões determinantes para o trancamento do processo penal pelo STF?; (IV) Em que medida o *bis in idem* é vedado na relação que se coloca entre direito penal e direito administrativo sancionador?

Cumprе salientar, de antemão, que embora a decisão seja de extrema relevância no tocante a admitir o manejo de reclamação constitucional como via adequada para discussão sobre a vedação à dupla persecução - ainda que entre a esfera penal e administrativa -, nesta oportunidade, a análise se concentrará nos três últimos pontos.

Quanto ao segundo ponto, qual seja, a identidade entre o acervo fático-probatório que deu ensejo à propositura da ação de improbidade e aquele que lastreou a ação penal, colacionando trechos meramente replicados nas iniciais das duas ações, o relator destacou a existência não só dessa identificação, mas de uma verdadeira duplicação da narrativa, “*por vezes utilizando as mesmas palavras*”⁶⁸.

Em resposta ao terceiro referencial teórico, verificou-se que a decisão da Corte Suprema, no sentido de determinar o trancamento da ação penal, superou o *standard* probatório necessário para um juízo de mera incerteza sobre a autoria, amparando-se, em

⁶⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Dje 09/03/2021, p. 11 do acórdão.

verdade, em um juízo definitivo quanto à negativa de autoria ou participação do reclamante na prática de qualquer conduta típica.

A análise do último ponto é a de maior relevo para fins do presente trabalho.

O Ministro construiu um raciocínio paradigmático para reconhecimento do *bis in idem* entre o direito penal e a improbidade administrativa, oferecendo novos contornos para o enfrentamento dessa temática pela doutrina e jurisprudência.

Já de início, partiu-se do pressuposto de que lei de improbidade administrativa - à época, referindo-se à redação da Lei n 8.429/92 -, por pertencer ao direito administrativo Sancionador, em muito se aproxima do direito penal, sendo assim considerada uma extensão do poder punitivo estatal.

Nessa interface entre essas duas esferas, definiu o *bis in idem* “*como a duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas*”, de forma que haja uma extensão das garantias individuais tipicamente penais ao âmbito de incidência do DAS, o que justificaria uma noção de independência mitigada entre as instâncias:

A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa - esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade - na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12 (“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade administrativa sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:”), nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador - círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo pelos mesmos fatos.⁶⁹

Reconheceu-se, portanto, que o DAS e o direito penal seriam manifestações “*de uma mesma singularidade ou de uma mesma unidade do poder punitivo*”⁷⁰, de forma que a existência de círculos concêntricos de ilicitude entre essas duas esferas justificaria uma independência mitigada entre as instâncias.

Portanto, determinou-se a imediata suspensão da indisponibilidade de bens e o sobrestamento de ação civil de improbidade administrativa, por entender que, uma vez tendo

⁶⁹ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. Boletim do Ibccrim.

⁷⁰ LOPES JR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo. *Revista Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>. Acesso em: 31 jan. 2023.

havido o trancamento da ação penal pelo STF por ausência de provas de autoria, deveria esse fundamento se comunicar com a ação de improbidade administrativa, em virtude proibição de dupla persecução, penal e administrativa, pelo mesmo fato e fundamento.

Emergiram, a partir daí, 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, sobretudo em atenção ao princípio da segurança jurídica.

3.3. O reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* como exame de racionalidade e coerência do ordenamento jurídico.

Como já evidenciado, a discussão suscitada gira em torno da acentuada aproximação entre o direito penal e direito administrativo sancionador, uma vez que, enquanto o primeiro tem cada vez mais recorrido à esfera administrativa para contenção de riscos genéricos, o DAS tem expandido o poder sancionatório para tutela de interesses da Administração Pública.

Esse movimento acarreta, inevitavelmente, um espaço de sobreposição do âmbito de incidência dessas normas, e por consequência, de sancionamento, circunstância expressamente vedada em diversos outros ordenamentos⁷¹, no que se refere à imposição cumulada de pena e sanção administrativa por um mesmo fato, contra a mesma pessoa, sob um mesmo fundamento.

Helena da Costa Lobo denomina esse movimento *ne bis in idem* transversal⁷².

Apesar do caráter um tanto repetitivo dessa discussão - diz-se repetitivo porque cíclico, afinal, nada mais conveniente para atestar a impossibilidade de uma independência absoluta entre as instâncias - tem-se como ponto de partida o fato de ser o princípio do *ne bis in idem* uma garantia frente ao poder punitivo do Estado.

A expressão em latim traduzida, ao ser comportada como um princípio do direito penal, proíbe a pluralidade de consequências jurídicas de natureza sancionatória derivadas de uma única conduta, sob os mesmos fundamentos, contra uma mesma pessoa⁷³.

⁷¹ Alemanha e Portugal, que adotam ordenamentos jurídicos bastante parecidos com o nosso, adotam regras para afastar o duplo sancionamento entre as instâncias penal e administrativa. Assim também a Itália, como Áustria, Bélgica, Holanda e, na América Latina, o Peru, adotam regras para afastar o *bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa. Para um maior aprofundamento sobre o panorama dos sistemas dos mencionados países: COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ SABOYA, Keity. ***Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 153.

Muito embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, esse princípio é extraído, de modo implícito, da necessidade de garantir a aplicabilidade de outros, como princípio da legalidade, proporcionalidade e segurança jurídica⁷⁴.

Indo um pouco mais além, significa impor uma unidade e um tratamento coerente no exercício do poder punitivo estatal, baseado na ideia de que, dada a gravidade intrínseca à própria submissão do indivíduo ao poder punitivo, o Estado teria apenas uma oportunidade de efetivar sua pretensão punitiva.

Para tanto, entende-se a necessidade de distinguir duas dimensões, material e processual, de fundamentação do *ne bis in idem*.

Quanto a essa primeira vertente, veda-se a dupla valoração de uma mesma situação fática para justificar ou agravar a sanção criminal, o que é facilmente compreendido com base na proibição de excesso de intervenção estatal na esfera privada do indivíduo. Sob esse aspecto, o princípio se concentra na atuação do próprio legislador e, sobretudo, dos órgãos públicos que, com amparo na legislação, pretendem prever sanções ao agente público por um mesmo fato.

A dimensão processual, por sua vez, refere-se à proibição de múltiplos julgamentos, de forma que alguém não seja submetido a mais de uma persecução penal por um mesmo fato, o que pode ser justificado com base na expectativa de segurança jurídica, a fim de prevenir decisões contraditórias dentro do próprio judiciário.

Defende-se, portanto, a ideia de que a matriz estruturante do princípio do *ne bis in idem* se pauta na necessidade de garantir a racionalidade do ordenamento jurídico e, portanto, vedar uma ingerência arbitrária do poder punitivo estatal.

Acontece que, quando se trata da relação entre subsistemas autônomos reconhecidamente sancionatórios - notadamente os contornos da responsabilização por improbidade administrativa sua intersecção com a responsabilização criminal - invoca-se a independência das instâncias como uma “fórmula mágica” para impedir o reconhecimento de *bis in idem*.

Nada obstante, explica Helena Regina Lobo da Costa que, muito embora no DAS não haja propriamente a aplicação de uma pena, trata-se igualmente de expressão do poder punitivo estatal, de forma que a mera reiteração desse argumento – independência entre as

⁷⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

instâncias -, de forma indiscriminada, não se coaduna com a ideia de sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna⁷⁵:

Isto porque, em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação o poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos - ainda que essa punição não se caracterize estritamente como pena e esses processos não sejam estritamente processos penais, já que o direito administrativo sancionador tem uma capacidade de ingerência em direitos fundamentais, que deve ser delimitada juridicamente de modo rigoroso.⁷⁶

Ou seja, o fato de ser previsto um tratamento sancionatório próprio à apuração dos atos de improbidade administrativa⁷⁷, dentro da estrutura do direito administrativo sancionador como manifestação do *ius puniendi* estatal, somente corrobora para essa impossibilidade de multiplicidade sancionatória.

Na lei de improbidade administrativa, sobretudo com as novas alterações promovidas, já há um espectro bem delimitado, ainda que passível de críticas, quanto à proibição da dupla punição sob os planos material e processual.

Sobre o tema, impera destacar o art. 21, §5º inserido pela Lei nº 14.230/21⁷⁸, estabelecendo que “*as sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com aquelas aplicadas na ação de improbidades*”. Infere-se, portanto, que a compensação pode se dar a partir de sanções derivadas de qualquer instância punitiva, reflexo direto da ideia de mitigação da independência entre as instâncias.

De igual forma, o art. 17-C, inciso V, também acrescido pela Lei nº 14.230/21, é expresso no sentido de que o juízo no qual tramita a ação de improbidade administrativa deverá considerar na aplicação das sanções a dosimetria de outras que já foram aplicadas ao agente, pelo mesmo fato, em outra instância, em observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Esse breve panorama permite constatar que no ordenamento jurídico brasileiro não há impedimento legal ou jurisprudencial para que haja a aplicação de sanções múltiplas sobre um

⁷⁵ Nesse sentido, explica Helena Regina da Costa que “*em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação do poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos*”. Cf.: LOBO DA COSTA, Helena Regina. *ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. Boletim do Ibccrim, n. 340, 2021. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8455>. Acesso em: 02 de fev. 2023.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ De acordo com a previsão do já mencionado artigo 37, §4º da CRFB.

⁷⁸ Importa destacar que a disposição do referido dispositivo já era prevista pelo art. 22, §3º da LINDB, no sentido de que: As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

mesmo fato, desde que estas sanções não sejam idênticas, hipótese em que deverão ser compensadas⁷⁹, sob pena de *bis in idem*.

Sob o aspecto processual, a vedação ao *bis in idem* encontra um campo fértil para contenção da multiplicidade de ajuizamento de ações por improbidade administrativa, especialmente a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 14.320/21.

Conforme já abordado, a legislação brasileira estabelece as hipóteses de comunicação da sentença penal absolutória para o impedimento ou trancamento de ação de natureza extrapenal pelo mesmo substrato fático-probatório, desde que fundada em prova da inexistência do fato e/ou negativa de autoria, nos termos dos art. 935 do CC e art. 66 do CPP.

Nesse sentido, a redação do §3º do art. 21 da LIA, inserido pela Lei nº 14.230/21, não inaugura no ordenamento jurídico ao prever que “*as sanções civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa de autoria*”. Afinal, apenas repetiu-se, no diploma legal específico sobre improbidade administrativa, uma regra já consolidada⁸⁰.

A ideia, portanto, é que deliberação do juízo criminal prevalece sobre o juízo cível/administrativo em processo que discuta os mesmos fatos de uma ação penal em curso. Destaca-se o artigo 64, parágrafo único do CPP, que estabelece a faculdade do juízo perante o qual tramita a ação extrapenal - no caso, a ação de improbidade administrativa - suspender o curso do processo para aguardar o pronunciamento do juízo criminal acerca da dos fatos sob julgamento.

A novidade, em verdade, concentra-se na previsão do §4º do artigo 21 da nova LIA. Afinal, inaugurou-se um novo efeito vinculante da sentença penal absolutória, tradicionalmente restrito às hipóteses de comprovação de inexistência materialidade e autoria,

Passou-se a admitir a comunicabilidade das hipóteses de absolvição previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, a fim de impedir a instauração ou prosseguimento da ação

⁷⁹ Muito embora a ausência de disciplina legal sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito à compensação de sanções nos casos de multiplicidade de condenações por improbidade administrativa: “O cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa contemporâneos (art. 20 da Lei 8.429/92), deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84 (...) É que a inexistência de legislação específica acerca da forma de cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve ser suprida à luz das disposições encartadas no art. 111 da Lei 7.210/84, que instrui a Lei de Execuções Penais, verbis: ‘Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime’” (EDcl no REsp 993.658/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 23/03/2010)

⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

de improbidade administrativa caso reconhecida, na instância penal, a improcedência da pretensão punitiva por um dos fundamentos elencados no mencionado dispositivo.

Tal disposição amplia profundamente a regra da prevalência da jurisdição criminal sobre a esfera civil/administrativa.

Percebe-se que se trata, na prática, de uma adequação ao reconhecimento expresso de que se está diante de uma ação essencialmente sancionatória, cujo sistema de responsabilização se conforma com o direito administrativo sancionador, nos termos dos artigos 1º, §4º e 17-D, inseridos pela Lei nº 14.230/21.

A ressalva que se faz, no entanto, é de que somente se torna possível a comunicação dos fundamentos da absolvição criminal se envolver os mesmos fatos e/ou elementos necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa. Trata-se, em outras palavras, de analisar se aquele fundamento demandaria ser provado na improbidade.

Como um primeiro exemplo, faz-se alusão à situação do cometimento do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), pelo qual o agente foi absolvido perante o juízo criminal por ausência de provas do recebimento da vantagem indevida em razão do cargo. Como tal conduta corresponde, exatamente, ao ato de ímprobo previsto no artigo 9º, I, da LIA, o fundamento do artigo 386, VII, do CPP, comunica-se com a ação de improbidade administrativa, cuja pretensão deve ser julgada improcedente, com base na disposição do artigo 21, §4º, na redação dada pela Lei nº 14.230/21.

Lado outro, traz-se a hipótese de que, no caso da absolvição pela prática do crime de afastamento de licitante, previsto no artigo 337-K do CP, alterado pela Lei nº 14.133, com base no artigo 386, III, do CPP (não constituir o fato infração penal), mesmo não demonstrada a utilização de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de outro tipo, não haveria comunicação. Isso porque, para o ato ímprobo correspondente (artigo 10, VIII, da LIA), os referidos elementos típicos não seriam relevantes, uma vez que a conduta se refere à frustração da licitude do processo licitatório, independentemente dos meios citados no tipo penal incriminador.

Entende-se que o legislador expandiu as hipóteses de comunicabilidade entre as instâncias penal e da improbidade administrativa, uma vez que, por ser esta última regida pelo direito administrativo sancionador, havendo um espaço de sobreposição entre essas normas repressivas - círculos concêntricos de ilicitude - tratou-se de limitar esse caráter multirepressivo de responsabilização promovido pelo *ius puniendi*.

O cerne dessa discussão está em considerar que o fundamento mais seguro, segundo a doutrina⁸¹, para reconhecer a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre instâncias distintas, especialmente no microsistema da improbidade administrativa, seria pelo princípio da proporcionalidade.

Marion Bach explica que o exame da proporcionalidade trata de um “*instrumento de controle de excesso de poder*”⁸² e, portanto, tendente a vigiar a intervenção sancionatória estatal em confronto com os direitos fundamentais do autor do fato ilícito:

Veja-se que há, em um primeiro momento, a consideração da proporcionalidade na eleição das condutas sancionáveis – ou seja, o legislador, quando da escolha das condutas que serão criminalizadas ou administrativamente sancionadas, deve observar a proporcionalidade. Depois, há a consideração da proporcionalidade no momento da escolha de quais – e em que medida/quantidade – sanções serão impostas àquele que realiza a conduta sancionável.

Essa resistência à multiplicidade sancionatória, remetendo aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, adviria da necessidade de atribuir maior racionalidade e moderação à resposta estatal, a fim de evitar que se exceda os limites de uma função legítima. Um primeiro argumento seria de que a aplicação de determinada sanção a um fato específico tem como pretensão esgotar o valor nela contido⁸³, e ao lado deste, que a sanção legalmente prevista há de ser considerada “autossuficiente” sob uma perspectiva punitiva⁸⁴.

Afinal, tal princípio impõe que o Estado, especialmente no âmbito do poder punitivo, atue com moderação, em observância aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, de forma a adotar meio adequados para atingir seus fins – contenção de riscos e repressão pelo cometimento do ilícito -, optando por aqueles que sejam menos onerosos ao indivíduo.

⁸¹ Helena Regina Lobo da Costa realiza importante análise acerca dos fundamentos jurídicos passíveis de serem utilizados para legitimar o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* entre instâncias punitivas distintas, compreendendo que o exame da proporcionalidade seria o principal. Sem ignorar a importância dos princípios de dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e legalidade, o verdadeiro sustentáculo do *ne bis in idem* reside na proporcionalidade e razoabilidade. Para maior aprofundamento: COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**. pp. 213-217. No mesmo sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 34.

⁸³ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Edidotal, 1995. p. 79.

⁸⁴ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. **El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador**. 2008. Tese de Doutorado. - Universidade Carlos III de Madrid, Getafe, 2008, p 180-181.

Ironicamente, o artigo 21, §4º da LIA teve sua eficácia suspensa após decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236 MC/DF, sob o argumento de independência entre as instâncias.

A recentíssima decisão, prolatada no final de 2022, sustenta, em síntese, que:

a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa” e conclui no sentido de que “Nada obstante o reconhecimento dessa ‘independência mitigada’ (Rcl 41.557, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10/03/2021) a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias, o que indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar.

Toda aquela construção em torno do princípio da proporcionalidade para reconhecer a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre instâncias distintas parece restar esvaziada, ao se invocar, como mero elemento de retórica uma independência entre as instâncias.

O que se observa, portanto, é que não importa quantas saídas se adote – seja unidade do *ius puniendi estatal* ou a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade – a tese de independência das instâncias foi enraizada como um *mantra*⁸⁵, do qual a jurisprudência, não se sabe se por mero comodismo ou ânsia punitivista, faz questão de perpetuar.

A necessidade de evoluir esse posicionamento é, portanto, premente.

⁸⁵ LUTZ, Udo Guilherme; BAGGIO, Roberta Tom; BACH, Marion; MARTINS, Daniel Müller. A relação entre as responsabilidades penal e administrativa no divã: discutindo os limites à valoração da prova comum às instâncias. **Anais simpósio de pesquisa e seminário de iniciação científica**. Curitiba: FAE Centro Universário, 2022. Disponível em: <https://sppaic.fae.emnuvens.com.br/sppaic/issue/view/7>. Acesso em 14/04/2023.

4 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO SANCIONADOR: DISFUNÇÕES NA EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Sendo incontroverso que existe uma intersecção entre o direito penal e o sistema de responsabilização por improbidade administrativa, as aparentes soluções para sanar a questão parecem convergir para uma antiga discussão: definir o que seria um Direito Sancionador.

Isso porque, embora há muito se debata acerca da expansão do poder punitivo estatal e a proliferação de condutas sancionatórias para além dos crimes em espécie, invocar a existência de um Direito Sancionador não pode servir apenas como um elemento de retórica⁸⁶, ante a falta de sistematização de uma teoria dogmática sobre o tema.

A questão, no entanto, possui estreita relação com os discursos oficiais sobre as razões de proibir.

Ao escrever sobre “por quê se proíbe”, Juarez Tavares⁸⁷ expõe que essa decisão não parte de uma reflexão epistemológica acerca da possibilidade de conhecimento do conteúdo ou efeitos da conduta, mas de sua *oportunidade e necessidade*⁸⁸. Isso porque, a proibição seria um ato político de poder, que busca justificação em fundamentos éticos e jurídicos para aplicação das normas.

Nessa obra, o autor elucida que, não raras vezes, o crime é tratado como o epicentro dos problemas da sociedade, relacionado ao declínio de valores e princípios democráticos. Em razão disso, sofremos uma imersão institucional de questões criminais: da política a fatos menos significantes, os processos de criminalização envolvem, à luz dos interesses dos detentores de poderes políticos e econômicos, a manipulação do sentimento de insegurança e o aumento da repressão como resposta às mazelas sociais.

Não se ignora que o autor centralizou suas observações acerca das razões de proibir sob a ótica do direito penal. No entanto, acredita-se que esse raciocínio pode ser estendido para compreender - e, até certo ponto, justificar - a dinâmica sancionatória estatal em seus diferentes instrumentos e esferas jurídicas.

Trazer essa noção para o cenário concreto vale para compreender como o legislador se comporta frente à possibilidade de estabelecer diferentes vertentes de sancionamento, contra

⁸⁶ CUNHA, Amanda Guimarães da. Afinal o que é Direito Sancionador? **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-23/amanda-cunha-afinal-direito-sancionador#_ftn3. Acesso em: 12 mar. 2023.

⁸⁷ TAVARES, Juarez. Crime: crença e realidade. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021, p. 45.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 44.

uma única conduta, sob o argumento de oportunidade e necessidade para proteção de determinado bem jurídico.

Do ponto de vista social, é incontroverso que a previsão de um microssistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa sofreu fortes influências de um “verniz moralizante”⁸⁹.

A investigação de escândalos de má gestão pública – sem entrar no mérito da controvérsia sobre os procedimentos legais adotados nessas investigações – contribuiu para a desconfiança da população quanto ao funcionamento das estruturas administrativas, construindo no imaginário social uma ânsia punitiva de combate à corrupção.

Essa idealização de uma Administração Pública sancionatória, sobretudo para atendimento de expectativa sociais, explica muitos dos percalços hoje enfrentados para limitação do poder punitivo estatal.

Qualquer tentativa de questionar essa persecução passou a ser interpretada como ato de condescendência em favor de uma classe política e economicamente dominante, como se o sujeito corrupto fosse o *inimigo*⁹⁰ da vez. Nesse sentido, elucida Rodrigo Valga dos Santos:

O combate à improbidade em detrimento de outros bens e valores constitucionais agrava-se na medida em que parcela da sociedade civil parece abrir mão de seus direitos individuais e deseja entregar-se irrestritamente aos caprichos do Estado, sob a velha máxima inquisitorial: *quem não deve, não teme*.

Nesse cenário qualquer ideia que questione com seriedade os malefícios desse diploma legal, logo é identificada como retrógrada, leniente, e em prol dos interesses da classe política dominante.⁹¹

Justamente por isso, para aqueles que creditam ao caráter autônomo do regime de improbidade administrativa uma eficácia no combate à corrupção, seria um retrocesso reconhecer a existência de *bis in idem* pelo duplo sancionamento do mesmo fato na esfera penal.

Parece que a estes não importa o fato de se promover um manejo desenfreado de ações de improbidade administrativa, não só banalizando o próprio sistema de responsabilização, mas provocando um enrijecimento no processo de tomada de decisão dos agentes públicos.

⁸⁹ AGRA, Walber de Moura. A possibilidade de retroação da nova Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/walber-agra-possibilidade-retroacao-lei-improbidade> Acesso em: 10 mar. 2023.

⁹⁰ Faz-se uma alusão à figura do inimigo no Direito Penal, pensada por Gunther Jakobs como aquele indivíduo que provoca uma instabilidade na estrutura social, desafiando o próprio sistema estatal, razão pela qual perderia a condição de sujeito de direito. Sobre o tema: CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Karyna Batista Sposato. São Paulo: Juruá, 2012.

⁹¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: A casuística disfuncional nas ações de improbidade, tribunais de contas e justiça eleitoral**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, rb. 3.2.

Adriano Teixeira, Heloísa Estellita e Marcelo Cavali apontam que, para dar um respaldo à defesa desse posicionamento, o argumento de independência entre as instâncias é sempre “*sacado da manga e usado indiscriminadamente*”, figurando como uma “*fórmula mágica*” para “*varrer para debaixo do tapete problemas de sensível complexidade*”⁹².

Não é possível sustentar, sem qualquer critério, uma visão limitada de independência entre as instâncias “*onde as Instituições e Poderes atuam isoladamente, sem comunicações recíprocas e sem responsabilidades que transcendam suas esferas de intervenção.*”

A fragilidade desse recurso para justificar uma multiplicidade sancionatória estatal é notória.

Isso porque, sequer há uma base teórica que justifique invocá-lo para restringir direitos fundamentais, tampouco para defini-lo como um princípio⁹³, tanto é que as discussões sobre o tema são sempre superficiais, sendo esse argumento utilizado de “*per si*” no seio das decisões.

Criticando de forma ainda mais enfática a teoria de independência entre as instâncias, Valter Shuenquener explica que “*abrir mão*” de direitos fundamentais, sob um discurso engessado e moralista, é o que torna nosso regramento punitivo:

[...] caótico, inseguro, desprovido de uma racionalização e, sobretudo, fundado em noções generalistas e principiológicas. (...) Temos um campo fértil para decisões arbitrárias e ineficientes em matéria de sanção. (...) Propriedade, liberdade, segurança, dignidade e igualdade são exemplos de direitos fundamentais que podem ficar comprometidos em um Estado Democrático de Direito incapaz de adotar um mínimo de racionalidade no seu sistema sancionador.⁹⁴

A conclusão a que se chega, portanto, é que a tentativa de temperar a autonomia entre a atividade punitiva na improbidade administrativa (extrapenal) e na esfera penal exige uma definição do Direito Sancionador, e que isso, por sua vez, gira em torno da sistematização de um modelo probatório próprio, com definição de *standards* e des hipóteses de comunicabilidade entre instâncias nesse processo de valoração.

Definitivamente, a discussão sobre o tema levaria muito mais do que um capítulo do presente trabalho. Todavia, o que se pretende, por ora, é demonstrar que o fato de ainda se

⁹² TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Op. cit.*

⁹³ Isso já foi há muito invocado por Gilmar Mendes, Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi “*Os exatos fundamentos teóricos e efeitos dessa ideia não estão totalmente claros, razão pela qual sua utilização recebe muitas críticas, especialmente no que diz respeito ao emprego da expressão sem concretização de seu significado, o que acaba obstando o aprofundamento da discussão sobre questões complexas.*” MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Op. cit.*

⁹⁴ ARAÚJO, Valter Schuenquener. **O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 23, n. 131, Out 2021/Jan 2022, p.635.

utilizar o arcaico argumento de independência entre as instâncias muito se deve à tentativa de se esquivar do devido enfrentamento da matéria.

Durante todo o trabalho, buscou-se fundamentar que na relação entre direito penal e improbidade administrativa haveria uma zona nebulosa de intersecção, na qual imperaria a vedação ao *ne bis in idem* pelo duplo sancionamento de um mesmo fato, sob os mesmos fundamentos.

Entende-se, no entanto, que a inferência sobre essa identidade exige o raciocínio de que tais fundamentos tenham sido submetidos ao grau de confirmação⁹⁵ mínimo exigido por cada uma dessas esferas para que se tenha dado como provado determinado fato. Explica-se.

Ravi Peixoto define o conceito de *standards* como sendo “o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”⁹⁶, diferentemente, portanto, do processo de valoração desse grau, definido por Badaró como momento oportuno para verificar se houve confirmação da questão em julgamento, ou seja, “se a formulação da acusação foi ou não provada”⁹⁷.

Por mais que não se pretenda adentrar nas questões complexas de direito probatório, esse panorama teórico ajuda a compreender como a decisão de definir *standards* a serem exigidos no processo confere autenticidade a determinado sistema de responsabilização⁹⁸.

Isso porque, cabe aos *standards* probatórios, dentre outros aspectos, três principais funções: a) orientar os sujeitos processuais, a partir de uma redução da incerteza no julgamento dos fatos; b) atuar como parâmetro de justificação da decisão – como critério objetivo de avaliação das provas –; c) além da distribuição de riscos esperados diante da possibilidade de cometimento de erros.

Nesse sentido, fica claro que para uma definição fundamentada do que seria um Direito Sancionador – de natureza extrapenal – seria necessário, sobretudo em termos de segurança jurídica, a previsão de um sistema de valoração de prova particular e a fixação dos respectivos *standards*.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁹⁶ PEIXOTO, Ravi. **Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 589, maio/ago. 2021.

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 200.

⁹⁸ Isso porque, entende-se que “A situação ideal é a que os standards sejam fixados anteriormente ao início do processo, por gerar maior segurança jurídica para todos os sujeitos processuais, em especial para as partes. Trata-se de uma possibilidade que tende a ocorrer nas situações em que a legislação já os preveja ou exista algum posicionamento jurisprudencial consolidado, que gere considerável segurança jurídica aos participantes do processo de que uma determinada suficiência probatória se aplica a um determinado grupo de casos.” PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.*, p. 599.

Afinal, ao longo de todo o trabalho, discutiu-se um movimento transversal de comunicabilidade entre a instância penal e o sistema de improbidade administrativa: de um lado, as hipóteses de reconhecimento dos fundamentos de uma absolvição criminal pelo juiz perante o qual tramita ação de improbidade (§§3º e 4º do art. 21, inserido pela Lei nº 14.230/21); de outro, a existência de justa causa para a persecução penal exigir a verificação do desvalor da conduta também em outras instâncias de controle social, a partir dos exemplos de uma conduta não considerada anticoncorrencial pelo CADE ou de um procedimento licitatório reconhecidamente regular pelo TCU.

Exatamente por isso, se a questão é a possibilidade de que haja essa comunicação, é necessário que se trabalhe uma compatibilização entre os raciocínios probatórios.

Para análise da questão probatória no direito penal, há um sistema robusto, no qual a lógica de *ultima ratio*⁹⁹ justifica a definição de *standards* mais rigorosos para que se obtenha “um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado”¹⁰⁰. Assim, explica o professor Gustavo Badaró que tanto o grau de confirmação, como de não refutação, deve ser valorado para que a hipótese seja data como provada¹⁰¹.

Por outro lado, o processo sancionador por improbidade administrativa não goza de um sistema definido com previsão legal de *standards* de suficiência probatória. Sobre o tema, ainda é pouco o arcabouço teórico em discussão pela doutrina e nada se vê na jurisprudência.

A ausência dessa delimitação – que confere autenticidade ao próprio sistema de responsabilização por improbidade, que se diz autônomo - dificulta não só a transparência das decisões, mas a relação com as outras instâncias a título de comunicabilidade do raciocínio probatório.

Remanesce, portanto, uma indefinição quanto à legitimidade do compartilhamento de provas entre essas searas, além dúvida se os *standards* probatórios seriam distintos, ou, ao menos, em quais hipóteses seriam os mesmos.

Sem trabalhar essas questões, torna-se ainda mais difícil superar os problemas de se invocar, sem qualquer critério, o argumento de independência entre as instâncias.

⁹⁹ A transposição desse princípio do direito penal material ao processual decorre de uma ótica garantista de proteção do acusado em face da atividade punitiva do Estado. Nesse sentido, explica Paulo César Busato: “Não concebemos, em nenhuma hipótese, que as regras processuais penais possam pertencer a outra coisa que não o sistema penal como um todo. Por ser assim, estas também deveriam servir à composição de um sistema de garantias do réu contra a atividade punitiva estatal” BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137.

¹⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro**. Direito FGV, São Paulo, v. 16, n. 2, ago. 2020.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 254.

5 CONCLUSÃO

Um *spoiler*¹⁰² necessário: no final do livro, Josef K. não descobre o motivo pelo qual estava sendo processado.

Talvez na intenção de demonstrar que a arbitrariedade estatal, em um contexto de absoluta insegurança jurídica, é capaz de desumanizar o próprio senso de justiça diante do poder de punir, Kafka opta por deixar o mais curioso dos leitores transtornado com o final da trama.

A realidade, como se viu, não é das mais distintas.

Ao longo do trabalho, buscou-se chamar atenção para a desonestidade intelectual com que se invoca o argumento de independência entre as instâncias como “fórmula mágica” para resolver o problema da multiplicidade sancionatória estatal, notadamente diante da inegável intersecção entre o direito penal e o sistema de responsabilização de improbidade administrativa.

Muito embora não tenham sido apresentadas soluções definitivas para evoluir esse posicionamento, procurou-se destacar que para consolidação de um Direito Sancionador, como disciplina autônoma de caráter extrapenal, seria necessário construir um raciocínio probatório que contemple hipóteses de comunicabilidade entre instâncias, com uma definição clara de *standards* a serem atendidos.

Em proposições objetivas, conclui-se no sentido de que:

1. Em nome de uma pretensão social de segurança para contenção de riscos cada vez mais genéricos, houve uma intensificação da repressão estatal, entendendo que seria o caso de prever um tratamento sancionatório específico, em instâncias diferentes, contra um mesmo fato.
2. Observa-se, a partir disso, um movimento transversal: de um lado, o direito penal tem recorrido cada vez mais ao direito administrativo para estabelecer seu âmbito de incidência, fenômeno conhecido como “administrativização” do direito penal; do mesmo modo, a ideia de que as normas administrativas puramente

¹⁰² **Spoiler** tem origem no verbo **spoil**, que significa estragar, é um termo de origem inglesa. Spoiler é a revelação antecipada de informações sobre um conteúdo (filme, série, livro, ...), que a pessoa ainda não tenha visto.

preventivas não são suficientes à contenção dos riscos sociais acentua a atribuição de um caráter sancionador ao direito administrativo.

3. A despeito das discussões doutrinárias em torno da distinção entre ilícitos penais e administrativos, deve-se partir do pressuposto de que são, ambos, manifestações do poder punitivo estatal para proteção de bens jurídicos.

4. A ideia de unidade do *ius puniendi* estatal obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador, especialmente porque grande parte dessas garantias não são exclusivas do direito penal, mas decorrem da simples imposição de sanções pelo Estado ao particular.

5. A lei é clara em abrigar o regime da improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, reforçando sua natureza eminentemente sancionatória, o que converge para a interpretação de que há uma completa aproximação entre o direito penal e a improbidade administrativa.

6. A ideia de independência entre as instâncias não pode ser adotada como um dogma inquestionável, uma vez que, além de não apresentar uma fundamentação teórica convincente, não se coaduna com a ideia de um sistema jurídico coerente.

7. O reconhecimento do *bis in idem* entre subsistemas sancionatórios autônomos se torna necessário, uma vez que, muito embora no DAS não haja propriamente a aplicação de uma pena, trata-se igualmente de expressão do poder punitivo estatal

8. Essa resistência à multiplicidade sancionatória se daria a partir de um exame de proporcionalidade no exercício do poder punitivo, a fim de atribuir maior racionalidade e moderação à resposta estatal.

9. A dinâmica restritiva em torno da interpretação do *ne bis in idem* comporta disfunções do ponto de vista social e jurídico.

10. A tentativa de mitigar a autonomia entre a atividade sancionatória na improbidade administrativa e penal exige uma definição do seria esse Direito

Sancionador, de natureza extrapenal, que isso, por sua vez, perpassa pela construção de um modelo probatório próprio.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Valter Schuenquener. **O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 23, n. 131, Out 2021/Jan 2022, p.629-653.
- AGRA, Walber de Moura. **A possibilidade de retroação da nova Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/walber-agra-possibilidade-retroacao-lei-improbidade> Acesso em: 10 mar. 2023.
- BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade**. 2021. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PUSCHEL, Flavia Portella (Orgs). Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Independência das esferas administrativa e penal é mito**. Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitosadministrativo-penal-mito>. Acesso em: 10 fev. 2023.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte geral**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo**. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 205.

CUNHA, Amanda Guimarães da. **Afinal o que é Direito Sancionador?** Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-23/amanda-cunha-afinal-direito-sancionador#_ftn3. Acesso em: 12 mar. 2023.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FRAGA, Vitor Galvão. **O ne bis in idem no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro**. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Org.). Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Dialética, 2022.

GARCÍA ALBERO, Ramón. *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Edidotial, 1995.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo**. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord.) – MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017.

GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, maio 2006.

HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/12/lei-mais-benefica-no-direito-administrativo-sancionador-e-a-reforma-de-lei-de-improbidade.pdf>. Acesso em: 02 de mar. 2023.

LOPES JR, Aury; SABOYA, Keity. **Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo**. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>. Acesso em: 31 jan. 2023.

LUTZ, Udo Guilherme; BAGGIO, Roberta Tom; BACH, Marion; MARTINS, Daniel Müller. **A relação entre as responsabilidades penal e administrativa no divã: discutindo os limites à valoração da prova comum às instâncias. Anais simpósio de pesquisa e seminário de iniciação científica.** Curitiba: FAE Centro Universário, 2022. Disponível em: <https://sppaic.fae.emnuvens.com.br/sppaic/issue/view/7>. Acesso em 14/04/2023.

MEDEIROS, Alice Bernardo Vonoroff de. **Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil.** 2017. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional.** Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 178, abr.-jun. 2008.

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 Criminas. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewpm/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37802>. Acesso em: 15 fev. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador** [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2022.

PEIXOTO, Ravi. **Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos.** Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 586-618, maio/ago. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto; POZZO, Augusto Neves Dal (cords.). **Lei de Improbidade Administrativa Reformada** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. **El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador.** 2008. Tese de Doutorado. - Universidade Carlos III de Madrid, Getafe, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: A casuística disfuncional nas ações de improbidade, tribunais de contas e justiça eleitoral**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

TAVARES, Juarez. **Crime: crença e realidade**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021, p. 45.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. **Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas**. *Revista Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-administrativas-01082018>. Acesso em: 16 fev. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro**. *Direito FGV*, São Paulo, v. 16, n. 2, ago. 2020.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma**. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 1-290, outubro/dezembro – 2019.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no Resp nº 1086994/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 18/12/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 09/03/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1605701/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 04/10/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 976.566/PA, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, data de julgamento 13/09/2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS nº 37031/SP, Rel. Min. Regina Helena da Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.