III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-332-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II" do III Encontro Virtual do CONPEDI (IIIEVC), com a temática "Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a "TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL", do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo "SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ" da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraiso.

"RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO", terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM

CRIMINAL LAW AND SANCTIONAL ADMINISTRATIVE LAW AS PIECES OF THE PUNITIVE MACROSYSTEM AND REJECTION TO BIS IN IDEM

Jean Colbert Dias
Anderson Ferreira
Alexandre Magno Augusto Moreira

Resumo

Este artigo versa sobre o macrossistema punitivo brasileiro, partindo-se da premissa que as mais variadas esferas sancionadoras como peças menores de um complexo sistema punitivo. Empregou-se o método dedutivo para averiguar a extensão da sentença absolutória criminal sobre o mesmo conjunto fático-probatório objeto de apuração do Direito Administrativo Sancionador. Identificou-se a hipótese de que atualmente defende-se a independência das esferas sancionadoras, entretanto, verificou-se uma nova linha hermenêutica que repele a punição em duplicidade (bis in idem) sob o argumento da independência mitigada destas esferas, com ascendência da esfera criminal.

Palavras-chave: Direito penal, Direito administrativo sancionador, Independência, Mitigada, bis in idem

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the Brazilian punitive macrosystem, starting from the premise that the most varied sanctioning spheres are minor pieces of a complex punitive system. The deductive method was used to ascertain the extent of the criminal absolute sentence on the same factual-evidential set object of determination of the Administrative Sanctioning Law. The hypothesis was identified that currently the independence of the sanctioning spheres is defended, however, a new hermeneutic line has been verified that repels the punishment in duplicity (bis in idem) under the argument of the mitigated independence of these spheres, with ascendancy of the sphere criminal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Administrative sanctioning law, Independence, Mitigated, bis in idem

1 INTRODUÇÃO

Este artigo contempla estudo acerca dos efeitos da sentença absolutória penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, partindo da premissa que existe concorrência dos órgãos de controle externo da Administração Pública, notadamente quando o ato administrativo reputado como ilícito ser objeto de apuração em ambas as esferas, inclusive podendo residualmente ser fiscalizado pelos Tribunais de Contas.

Após ampla pesquisa doutrinária e cotejo jurisprudencial, foi possível edificar a seguinte situação problema: "Qual o grau de vinculação da sentença absolutória criminal sobre o mesmo fato objeto de apuração na seara do Direito Administrativo Sancionador?"

Como hipótese de pesquisa, tendo como parâmetro o estado da arte sobre a temática, foi possível identificar que a doutrina e a jurisprudência dominantes defendem a independência ampla destas esferas controladoras, limitando-se à defesa da vinculação obrigatória da sentença criminal absolutória às demais esferas nas hipóteses dos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal.

Percebe-se, portanto, que existem pontos cruciais sobre o assunto que merecem profunda pesquisa, pois não foram devidamente explorados, o que demonstra a pertinência desta proposta de investigação científica.

Além das hipóteses elencadas na norma processual penal citada, verificou-se que existem outros temas que podem ser objeto de juízo de valor na seara criminal, pois são constatações de fato e de direito que demonstram significativos pontos de contato com as demais esferas de controle.

Verificou-se na análise de casos concretos a possibilidade, em relação a fatos ou direito determinados, que seja promovida interpretação jurídica que vincule as demais esferas de controle, sob pena do surgimento de sentenças judiciais ou até pronunciamentos administrativos conflitantes sobre temas indissociáveis, que violam o princípio *ne bis in idem*.

Propõe-se que as demais esferas controladoras atuem de forma limitada e restrinjam-se aos aspectos residuais do direito, exatamente na ausência de ponto de contato entre o mesmo fato e o plano de aplicação da norma jurídica.

Com o intuito de promover o marco teórico desta pesquisa, destacou-se a recentíssima decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de Reclamação nº. 41.557-SP sobre a aplicação do artigo 935 do Código Civil e sua extensão, no exato sentido de vincular as demais esferas punitivas à sentença penal absolutória; consignando que a independência das esferas judiciais (cível e criminal) e a administrativa é mitigada.

Verifica-se na doutrina a construção de uma linha hermenêutica que repele a punição em duplicidade (*ne bis in idem*), sob o argumento insustentável da independência plena das esferas de controle externo da Administração Pública.

Este estudo propõe-se a elucidar a problemática apresentada no introito, com investigação de casos concretos, com a finalidade de verificar se a identidade do acervo fático-probatório em processo judiciais (cível e criminal) e administrativo - invocando decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem e pelo Supremo Tribunal Federal – permitem sua extensão, à vista do que foi decidido pelo juízo criminal, para as demais esferas sancionatórias.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MACROSSISTEMA PUNITIVO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO *NE BIS IN IDEM*

A ideia central desta pesquisa estruturou-se na garantia assegurada a todo homem de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, cujo tema é muito bem resolvido na esfera pura do Direito Penal e do Processo Penal, contudo, existem importantes lacunas no que tange à sua irradiação para outras esferas do direito, especialmente do Direito Administrativo Sancionador, mais especificamente no âmbito das ações de improbidade administrativa.

De pronto é crucial ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que destaca em seu art. 8º, item 4[1], que: *"O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos".*

Desmerece nesta oportunidade maiores elocubrações acerca da internalização ou não da referida Convenção, haja vista as regras impostas pela Constituição Federal de 1988 que é, temporalmente, posterior à Convenção que introduziu o art. 8º, item 4; porém, apenas para efeitos elucidativos destaca-se o posicionamento adotado por Flávia Piovesan[2] sobre a importância dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos:

> Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial,

[1] COSTA RICA, São José. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, assinada em 22/11/1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 24 de nov. 2020.
[2] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 123.

> distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.

Sublinha-se também o pactuado no Protocolo nº. 7 à Convenção para a Proteção do Homem e das Liberdades Fundamentais de Estrasburgo de 1984, que garante que ninguém poderá ser julgado ou punido mais de uma vez, acentuando o seu art. 4º, item 1[3], que: *"Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado"*.

Partindo destes diplomas internacionais que edificou-se uma proposta de conceito unitário em matéria punitiva, numa visão macrossistemática, abarcando as esferas judiciais criminal e cível além da senda administrativa neste complexo sistema jurídico punitivo, que não permite que existam discrepâncias punitivas entre estas esferas, em especial quando preexiste sentença penal absolutória que preenche os elementos pontuais sobre determinada conduta humana que está sujeita a outras campos de controle jurídico-punitivo.

Ana Carolina Oliveira[4] defende a estruturação de um conceito unitário na esfera punitiva, destacando os caminhos traçados pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador, apontando o posicionamento adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem - TEDH:

> A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, o TEDH firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados, a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como matéria penal e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. O Tribunal estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal.

Avançaram-se também os estudos acerca da compressão de um macrossistema punitivo, elencando o Direito Administrativo Sancionador como um autêntico subsistema penal ou elencando ambos como interdependentes, mas com uma óbvia sobressalência do Direito Penal em detrimento da esfera administrativa sancionadora, diante da profundidade que é

---

[3] FRANÇA, Estrasburgo. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Estrasburgo**. Protocolo n° 7, assinado em 22/11/1984. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 24 de nov. 2020.

[4] OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de São Paulo – USP, 2012. p. 128. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 19 out. de 2020.

necessária atingir para o processamento e julgamento de uma conduta ilícita criminal, que por vezes acaba sendo também objeto de apuração na seara cível por força da Lei de Improbidade Administrativa[5].

Helena Lobo da Costa[6] vislumbra que é necessário adotar um enfoque conjunto das esferas sancionatórias, destacando que:

> 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. Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, 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.

Por isso, não admite-se hodiernamente que seja absoluta a independência das esferas judiciais criminal e cível, englobando também a esfera administrativa, pois são óbvios os pontos de contato jurídico quando apuram-se condutas ilícitas, em especial quando tratam de assuntos atinentes à Administração Pública.

Helena Lobo da Costa[7] afirma que há erro metodológico quando defende-se a independência absoluta entre as esferas penal e do Direito Administrativo Sancionador, ressaltando que:

> 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.

Para elucidar o assunto discorrido neste tópico, mostra-se salutar demonstrar como os paradigmas jurisprudenciais internacionais e nacional estão emoldurando o tema, sendo que a seguir serão elencados julgamentos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Supremo Tribunal Federal.

---

[5] BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 19 out. de 2020.

[6] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 122.

[7] *Idem.*

3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO SANCIONATÓRIO GLOBAL (MACROSSISTEMA PUNITIVO) COMO REJEIÇÃO AO *BIS IN IDEM*

Na abertura deste trabalho foram gizados os comandos normativos, de cunho universal ou ao menos regionalizados, que tratam da repulsa sobre a ideia de dupla valoração de um ato ilícito nas esferas sancionatórias do direito, repelindo a duplicidade de julgamentos da mesma pessoa por idênticos fatos (*ne bis in idem*), exceto quando presentes novos fatos que possam quedar numa guinada interpretativa da conduta humana, que deve ser enxergada como a regra motriz do sistema sancionatório.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, no ano de 1984, analisou e julgou o caso conhecido mundialmente como *"Öztürk v. Alemanha"*[8], concebendo a ideia unitária de sanção penal estruturada em critérios substanciais e autônomos para definir a compressão sobre a matéria penal, tendo incluído dentro do regime jurídico específico do Direito Penal também as sanções de cunho administrativo.

Neste caso o TEDH decidiu que o ilícito administrativo concernente às violações às normas de trânsito equivaleriam a matéria de cunho criminal, pois são destinadas a um grupo indeterminado de pessoas, por isso, diante de evidentes similitudes entres estes campos do direito, entendeu-se que a dupla punição viola o princípio geral do direito *ne bis in idem*.

Noutro julgamento do TEDH, denominado caso *"Engel e outros v. Países Baixos"*[9], do ano de 1976, proibiu-se a acumulação de medidas jurídico-repressivas de natureza penal e administrativa, criando os batizados critérios *"Engel"*, cuja dicção empresta-se de Aury Lopes Jr[10]:

> A propósito, a Corte de Estrasburgo, quanto à proibição de acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa, faz uso, reiteradamente, de parâmetros formulados, pela primeira vez, no caso Engel e outros v. Países Baixos (1976) – e, por isso, conhecidos por critérios "Engel"–,

[8] FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. Acórdão Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, série A, n.° 73, § 56. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22%C3%96zt%C3%BCrk%22]}>. Acesso em: 5 out. de 2020.

[9] FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. TEDH. Corte EDH, Caso de Engel e outros contra Países Bajos, Sentença de 23 de novembro de 1976, Demanda Nº 00005100/71; 00005101/71; 00005354/72; 00005370/72. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22engel%22],%22contentlanguage%22:[%22POR%22]}>. Acesso em: 5 out. de 2020.

[10] LOPES JR. Aury; e SABOYA, Keity. **Limite penal**: Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2020, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco#sdfootnote6sym>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

> segundo os quais, para interpretar os conceitos de "processo penal", de "acusação em matéria penal" e de "pena", deve-se observar: (i) a qualificação legal da infração, que, como reconhecido pelo TEDH, tem valor relativo, servindo apenas como ponto de partida para a análise; (ii) a natureza da infração, que deve ser compreendida com "carga punitiva" (*criminal charge*) nas hipóteses de violação de uma norma de caráter geral, revestida de aspectos dissuasivos e repressivos; e, por fim, (iii) a gravidade da sanção prevista.

Outras decisões do TEDH seguem a mesma toda, aplicando também os critérios "Engel" para casos recentes como *"Sergey Zolotukhin v. Russa de 2009"*[11].

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal, através de decisão proferida pela 2ª Turma, num acórdão de lavra do Ministro Dias Toffoli[12], delineou que:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa, o que não ocorre na espécie. 3. Agravo regimental não provido, insubsistente a medida cautelar incidentalmente deferida nos autos. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/09). (STF, RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018).

Recentemente, em decisão liminar proferida nos autos de Reclamação nº. 41.557/SP[13], de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, suspende-se o recebimento de ação de improbidade administrativa elaborada pelo Ministério Público com base no mesmo liame temático de ação criminal anterior que teve pronunciamento favorável ao réu, por entender que a sobredita ação afrontaria o julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC nº. 158.319/SP[14], pois violaria o princípio *ne bis in idem*:

> Habeas corpus. 2. Corrupção passiva e lavagem de capitais (artigo 317, caput, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal; e artigo 1º, caput, da Lei 9.613/1998, respectivamente). 3. Denúncia recebida, por maioria, pelo Órgão Especial do Tribunal

---

[11] FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. Caso Sergey Zolotukhin v. Russia (2009). In: Guide on Article 4 of Protocol nº. 7 to the European Convention on Human Rights.Right not to be tried or punished twice. Updated on 30 April 2020. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

[12] BRASIL. STF. RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14531245>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

[13] BRASIL. STF. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO nº. 41.557-SP. 2T. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30/06/2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343654221&ext=.pdf> Acesso em: 7 nov. de 2020.

[14] BRASIL. STF. HC 158319. 2 T. Rel. Min Gilmar Mendes. j. em 26/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392409/false>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

> de Justiça do Estado de São Paulo. Réu Deputado Estadual. 4. Pedido de declaração de inépcia da denúncia e consequente trancamento da ação penal, por falta de justa causa. 5. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável. Precário atendimento dos requisitos do artigo 41 do CPP. 6. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 7. Ordem concedida para trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

O relator desta ação trouxe ao lume um importante problema que toma conta do Poder Judiciário e tem testemunhado pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais conflitantes quanto à independência das esferas judiciais criminal e cível, notadamente quando os fatos concretos são objeto, de forma concomitante, de ação criminal e de ação de improbidade administrativa.

Na citação decisão o relator propugna que a independência entres ambas esferas judiciais é considerada mitigada, claramente rechaçando o viés interpretativo da absoluta independência dentro destes campos sancionatórios.

A bem da verdade não apenas na senda judicial que a ideia da independência mitigada deve ser interpretada, mas especialmente acerca daqueles temas afetos à Administração Pública que corriqueiramente são objeto de investigação e julgamento pelos mais variados órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas, os Conselhos, as Controladorias e inúmeros outros órgãos que são criados para tal mister.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes trata da independência mitigada entre as instâncias controladoras afirmando que:

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

A decisão frisa que os círculos concêntricos de ilicitude não podem permitir que os mesmos fatos sejam valorados em sede de persecução penal e do Direito Administrativo

Sancionador, culminando com a dupla punição ao agente, pois viola o primado do *ne bis in idem*.

No caso em análise houve a concessão de medida liminar para fins de sustar o trâmite de ação de improbidade administrativa estribada em conjunto fático-probatório similaríssimo àquele utilizado para lastrear a propositura de ação penal contra o reclamante, cuja ação penal fora trancada por força de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, por isso, a justificativa de oposição da Reclamação diretamente naquela Corte.

Neste norte, a partir destas referências jurisprudenciais tanto do Tribunal Europeu de Direitos do Homem quanto dos casos concretos que foram cotejados pelo Pretório Excelso, que mostra-se necessário estabelecer um marco teórico sobre o tema no tópico seguinte.

4 REQUISITOS PARA IDENTIFICAR A SIMILITUDE DO FATO CONCRETO QUE IMPEDE A DUPLA OU TRIPLA VALORAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS CRIMINAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA

Ancorado na paradigmática decisão liminar proferida nos autos de Reclamação nº. 41.557-SP, que possui nítida proteção ao princípio ne bis in idem, num claro sentido de proibir a dupla persecução, criminal e administrativa, arraigada no mesmo fato, cujo ponto de partida foi o arquivamento de ação penal pelo próprio Supremo Tribunal Federal por ausência de provas de autoria naquele caso concreto paradigmático.

Nesta decisão ficou nítida a proximidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, por isso, demonstrou-se necessária limitação do poder punitivo estatal, lançando como premissa a extensão de garantias individuais tipicamente penais para os limites de atuação do Direito Administrativo Sancionador.

A decisão vai além ao infirmar, com fortes elementos hermenêuticos, que não há como negar a unidade sistêmica do *ius puniendi* estatal, pelo que foi sustentada a relação de especialização e até certo ponto de subordinação entre os círculos concêntricos de ilicitude penal e da ilicitude sancionada pelo direito administrativo, com a finalidade de evitar a *vexatio quaestio* de uma absolvição criminal ser desconsiderada de plano sob o argumento da independência absoluta das esferas controladoras e punitivas.

Outro espaço aberto pela referida decisão, em que pese o fato de não ter sido nela explorado, estrutura-se na possibilidade de coibir ou coordenar os riscos e danos de eventuais persecuções simultâneas e paralelas contra uma mesma pessoa.

Na já citada decisão de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes[15], destaca-se a delimitação dos requisitos para identificar eventual similitude que impede o *bis in idem*:

> Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso em apreço, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do jus puniendi do Estado.
> Com base nesses fundamentos, verificando-se, como se demonstrou, a identidade entre sujeito, conjunto fático-probatório e sanções de natureza punitiva, reconhece-se o fumus boni juris necessário para deferir a liminar pleiteada pelo reclamante.

A decisão em tela estabelece que as similitudes do fato jurídico podem ser identificadas pela identidade de sujeitos, pelo conjunto fático-probatório e pelas sanções de natureza punitiva que podem sobrevir no caso concreto; no julgamento ora investigado ressaltou-se a identidade dos eventos narrados em ação penal trancada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pela propositura de nova ação judicial pelo Ministério Público em razão dos mesmos fatos, porém, como nova roupagem (releitura probatória), sem a existência de fatos novos como substrato de uma ação de improbidade administrativa proposta posteriormente à absolvição criminal.

Os temas acima elencados foram objeto de juízo de valor definitivo na seara criminal, com constatações de fato e de direito que vinculam as demais esferas cível e administrativa, não permitindo que aos fatos seja dada nova e diferente interpretação jurídica, sob pena do surgimento de sentenças judiciais ou pronunciamentos administrativos conflitantes, notadamente porque pertencem ao mesmo macrossistema punitivo estatal.

Compreende-se que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são elementos componentes deste vasto sistema punitivo, exsurgindo como subsistemas punitivos, os quais estão intimamente entrelaçados, portanto, sujeitos às limitações do *bis in idem*. Em suma, um fato só poderá possuir uma versão.

Longe de estar, nesta ocasião, sustentando a completa dependência do juízo cível ao conteúdo de uma decisão criminal, até porque está assentado na legislação certa independência destas esferas, cujo exemplo está estruturado no Código de Processo Penal em seu art. 66[16], que diz:

---

[15] *Ibidem*.
[16] BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

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

Por outro lado, quando evidenciado que o juízo criminal promoveu a interpretação factual, rejeitando determinados pontos comuns existentes numa ação de improbidade administrativa, por exemplo, afastando o dano ao erário ou concretizando a inexistência do elemento subjetivo do tipo (dolo) da conduta humana narrada sob o mesmo contexto fático-probatório, não permite-se, por respeito ao princípio *ne bis in idem*, posterior pronunciamento judicial ou administrativo sobre fato concreto correlato.

Por mais que justifique-se a independência das esferas judiciais criminal e cível, não há como negar que o prejuízo ao erário e o dolo - como acima exemplificado - não possuam o mesmo conceito, significado e efeitos tanto para o Direito Penal quanto para o Direito Administrativo Sancionador.

Quando o juízo criminal profere decisão judicial definitiva, transitada em julgado, não mostra-se crível que, onde haja similitude do fato concreto, demonstre-se racionalmente o interesse de revolvimento do mesmo conteúdo fático-probatório em outra instância sancionatória; e muito menos é aceitável que o juízo cível, em caso de propositura de ação de improbidade administrativa, chegue a uma nova decisão que altere a concepção sobre eventual prejuízo ao erário ou acerca do dolo, dentre outros temas similares.

Não há que confundir-se o surgimento de novos fatos que podem engrenar a propositura de uma posterior ação de improbidade administrativa, haja vista a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*, entretanto, não é honesto do ponto de vista jurídico permitir-se uma releitura probatória, no sentido de reinterpretação dos mesmos elementos fático-probatórios para reiniciar a persecução estatal por eventual ato ímprobo, em especial quando o juízo criminal já proferiu julgamento de mérito, desde que demonstrada a identidade de sujeitos, do conjunto fático-probatório e pela constatação da possibilidade de aplicação de sanções de natureza punitiva, típica das ações de improbidade administrativa e ou punições perante dos Tribunais de Contas.

A divergência sobre a amplitude da independência das esferas cível, criminal e administrativa jamais poderá estar assentada na absoluta liberdade de atuação sancionatória estatal, pois mostra-se incongruente com sistema jurídico-constitucional imperante, que não permite, sobre os mesmos fatos, a sobrevivência de decisões conflitantes.

A independência das esferas judiciais (cível, criminal) e administrativa está calcada na atuação de cada uma delas nos aspectos residuais do direito, exatamente na ausência de pontos de contato entre o mesmo fato e o plano de aplicação da norma jurídica.

Um fato não pode ser ao mesmo tempo verdadeiro e falso; ser considerado não prejudicial ao erário e em outra instância merecer interpretação avessa; a conduta é dolosa ou não é; cumpre-se ou não a lei.

Como foi dito alhures, a atuação das esferas judiciais (cível e criminal) e administrativa devem ser desenvolvidas de forma coordenada e residual em relação ao fato determinado, que permanece sempre o mesmo e, dependendo do grau de lesão ao bem jurídico tutelado, o fato será enfrentado pelo Direito Penal, Civil ou Administrativo, contudo, em hipótese alguma poderá haver juízos de valor conflitantes sobre esses mesmos fatos que possuam pontos jurídicos de contato entre eles.

Em suma, dolo, culpa, má-fé, boa-fé, prejuízo ao erário e outros conceitos e significados universais não podem ter conceitos divergentes, apesar do esforço retórico de alguns doutrinadores especializados, cada um em seu campo (penal, cível e administrativo).

Para definir estes institutos jurídicos de forma peculiar, que são indissociáveis, independentemente da esfera sancionatória que estejam sendo cotejados, por este motivo, não podem ser objeto de conceitos e decisões divergentes.

É importante destacar também a interpretação dada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos de Reclamação nº. 41.557-SP sobre a aplicação do art. 935 do Código Civil[17] e sua extensão, compreendendo que *"A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

Na citada decisão[18] consignou-se que a independência das esferas judiciais (cível e criminal) e administrativa é mitigada, por isso, merece expurgo nova investida punitiva estatal pelo mesmo fato em face de quem teve em seu favor proferida sentença absolutória criminal definitiva:

> Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o *subsistema* do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais

[17] BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 nov. de 2020.
[18] *Ibidem*.

> rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito penal não pode ser revista no âmbito do *subsistema* do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo *subsistema* do direito penal – este é ponto da independência mitigada.
> O artigo 935 do Código Civil coaduna-se perfeitamente com esta interpretação: *"A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."*
> Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria.

Neste trecho da decisão fica evidente a afirmativa de que o escrutínio do processo penal é sempre mais rigoroso que as demais esferas sancionatórias, em vista disso, prega-se a inviabilidade de que o subsistema do Direito Administrativo Sancionador possa rever as decisões preferidas pelo subsistema penal, que é muito mais invasivo e criterioso que o primeiro.

Nesse sentido, Helena Lobo da Costa[19] sublinha que:

> Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...) O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do ne bis in idem relativo às searas penal e administrativa (...) Para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in* idem examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora). (...) Examinada a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexiste qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade.

A autora ressalta que o reconhecimento da inexistência do fato ou ausência de autoria esvazia a pretensão sancionatória em outras esferas, notadamente quando há coincidência de sujeitos, de objeto ou fatos e efeitos jurídicos das sanções, sejam elas de natureza punitiva ou sancionadora. Ainda, agrega à aplicação do princípio *ne bis in idem* também o necessário respeito ao subprincípio de necessidade.

Para encerrar esta investigação mostra-se importante traçar em linhas finais, no próximo tópico sobre o caso concreto estudado, adequando-o ao marco teórico ora amealhado, com o objetivo final de tentar achar uma solução para a problemática apresentada no introito.

[19] COSTA, Helena Lobo da. Ob. cit, p. 236-237.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme acima proposto, vislumbra-se que na decisão proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos de autos de Reclamação nº. 41.557-SP[20] uma clara preocupação de proteção das garantias individuais como limitadoras do *ius puniendi* do Estado:

> Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso em apreço, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado.

Esta decisão e o arcabouço doutrinário manuseado neste trabalho demonstram hialinamente que o Direito Administrativo Sancionador não é completamente independente do Direito Penal, principalmente quando fatos analisados em ambas as esferas são similares, por isso, quando comprovada a identidade de partes, do conteúdo fático-probatório e que a apuração do fato encontra-se no mesmo macrossistema sancionatório, haverá que ser respeitado o princípio *ne bis in idem* como freio ao *ius puniendi* estatual, conforme realça Ana Carolina de Oliveira[21]:

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

Não há como admitir que o Direito Administrativo Sancionador ultrapasse e subjulgue garantias constitucionais baseado numa propalada e insustentável independência absoluta do seu caráter sancionatório.

Neste espeque exsurge a problemática: "Qual o grau de vinculação da sentença absolutória criminal sobre o mesmo fato objeto de apuração na seara do direito administrativo sancionador (improbidade administrativa)?"

É possível afirma, respeitando posições diversas sobre o tema, que havendo identidade de sujeitos, do conjunto fático-probatório e que esses elementos sejam objeto de apuração em esferas sancionatórias inseridas no macrossistema punitivo estatal, que realmente haverá interdependência do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, com ascendência

---

[20] *Ibidem*.
[21] OLIVEIRA, Ana Carolina de. Ob. Cit., p. 241.

do primeiro em relação ao segundo em razão das limitações imposta pelo *ne bis in idem*, agregada a outros princípios e garantias individuais emoldurados na Carta Magna e em Tratados e Convenções Internacionais.

Ademais, ficou demonstrado que o sistema jurídico necessita adequar-se aos parâmetros jurídicos internacionais que o Brasil é signatário, suprimindo modais punitivos excessivos e que valoram duplamente a responsabilidade da pessoa por atos ilícitos, inclusive adotando os parâmetros estruturados em Convenções Internacionais e decisões de Cortes Internacionais sobre o tema, evitando sanções penais e sanções administrativas pelo mesmo fato.

Percebe-se que está em franca estruturação um interessante viés hermenêutico sobre o âmbito do sistema punitivo estatal e a necessária colocação do Direito Penal em sintonia com o Direito Administrativo Sancionador, exatamente na dosagem adequada das punições advindas desses subsistemas, com a nítida percepção que o Direito Penal possui indubitável ascendência sobre as demais esferas punitivas, sem que isso importe em completa submissão, mas servirá como baliza ou como limite e respeito ao princípio *ne bis in idem*.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 26 ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 de set. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 19 out. de 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 9 set. de 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

BRASIL. STF. HC 15.8319. 2 T. Rel. Min Gilmar Mendes. j. em 26/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392409/false>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

BRASIL. STF. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO nº. 41.557-SP. 2T. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30/06/2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343654221&ext=.pdf> Acesso em: 7 nov. de 2020.

BRASIL. STF. RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14531245>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador** – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/002462095>, Acesso em: 8 out. de 2020.

COSTA RICA, São José. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, assinada em 22/11/1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 24 de nov. 2020.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública:** Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA, Estrasburgo. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Estrasburgo**. Protocolo n° 7, assinado em 22/11/1984. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 24 de nov. 2020.

FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. TEDH. Corte EDH, Caso de Engel e outros contra Países Bajos, Sentença de 23 de novembro de 1976, Demanda Nº 00005100/71; 00005101/71; 00005354/72; 00005370/72. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22engel%22],%22contentlanguage%22:[%22POR%22]}>. Acesso em: 5 out. de 2020.

FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. Acórdão Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, série A, n.° 73, § 56. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22%C3%96zt%C3%BCrk%22]}>. Acesso em: 5 out. de 2020.

FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. Caso Sergey Zolotukhin v. Russia (2009). In: Guide on Article 4 of Protocol nº. 7 to the European Convention on Human Rights.Right not to be tried or

punished twice. Updated on 30 April 2020. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

LOPES JR. Aury; e SABOYA, Keity. **Limite penal**: Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2020, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco#sdfootnote6sym>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

MARQUES, Mauro Campbell, coord. **Improbidade Administrativa**. Temas Atuais e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, p. 320; *in* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de São Paulo – USP, 2012. p. 128. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 19 out. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 123.

SILVA SÁNCHEZ, José-María. ***La Expansión de Derecho Penal***. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.