I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 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: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-085-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado "A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA" aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo "O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO".

Por sua vez, o artigo "O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE", de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – "PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS" – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em "OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA", Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie "Olhos que condenam", analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo "O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO", de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – "O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS" - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

"O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA", de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado "DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER", Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE AND THE IMPOSSIBILITY OF OVERLAY OF CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN TAX CRIMES

Claudia Da Rocha [1]
Elve Miguel Cenci [2]

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar as implicações da concepção de independência de instâncias, no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem. Busca-se demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração. Ao final, conclui-se pela necessidade de desenvolvimento de um modelo sancionador que integre as esferas penal e administrativa, a fim de obstar a sobreposição de sanções.

Palavras-chave: Sanções, Independência de instâncias, Direito administrativo, Direito penal, Modelo sancionador integrado

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the implications of the concept of independence of instances, with regard to the possibility of cumulating administrative and criminal sanctions for the same fact, from the perspective of the ne bis in idem principle. It seeks to demonstrate that, in the field of tax crimes, there is an administrative nature of Criminal Law, which is no longer applied as a ultima ratio. In the end, it is concluded that there is a need to develop a sanctioning model that integrates the criminal and administrative spheres, in order to prevent the overlapping of sanctions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sanctions, Independence of instances, Administrative law, Criminal law, Integrated sanctioning

---

[1] Advogada. Professora de Processo Penal e de Prática Penal. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo IDCC. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela UEL. Mestranda em Direito Negocial na UEL.

[2] Advogado. Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina-PR. Graduado em Filosofia pela UPF-RS. Graduado em Direito pela FML-PR. Mestre em Filosofia pela PUC-RS. Doutor em Filosofia pela UFRJ-RJ.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de independência das instâncias, que vigora no ordenamento jurídico brasileiro, autoriza que o mesmo fato seja sancionado, cumulativamente, nas esferas cível, administrativa e penal.

É desse contexto temático que se extrai o seguinte problema: a aplicação cumulativa de sanções em razão do mesmo fato implica violação ao princípio do *ne bis in idem*?

Pretende-se demonstrar, com o presente trabalho, a existência de um contraponto entre a noção de independência das esferas e do princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição pelo mesmo fato, o que evidencia a necessidade do desenvolvimento de um modelo sancionador que integre as esferas penal e administrativa.

Para elaboração do trabalho, empregar-se-á o método dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográfica. Inicialmente, demonstrar-se-á de que forma a independência das esferas administrativa e penal, no campo da aplicação do direito brasileiro, enseja a sobreposição de sanções em decorrência de um mesmo fato. Objetiva-se evidenciar a necessidade de observância do princípio do *ne bis in idem* também entre infrações de naturezas jurídicas distintas, como as de Direito Administrativo e as do Direito Penal.

Na segunda parte do artigo, a discussão será direcionada especificamente para o campo dos crimes tributários, apontando-se as suas principais nuances, com vistas a demonstrar que, nessa seara, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como *ultima ratio* do sistema jurídico, assumindo a função de instrumento de arrecadação de tributos.

Na terceira parte do texto, pretende-se demonstrar a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada, com observância de elementos do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, como medida apta a conferir importantes benefícios para a racionalização do sistema jurídico brasileiro e evitar a sobreposição de sanções de natureza penal e administrativa. Busca-se apontar, ainda, que o Direito Administrativo sancionador pode ser o instrumento legítimo e eficaz em relação a alguns tipos penais, notadamente no caso dos crimes tributários.

2 A INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL SOB A PERSPECTIVA DO *NE BIS IN IDEM*

A independência das esferas administrativa e penal é frequentemente mencionada na doutrina e jurisprudência como manifestação de que o processo administrativo e penal são independentes e autônomos entre si, de modo que a decisão proferida em um deles, em regra, não se comunica com o outro (BOTTINI, 2013).

Com base nisso, no Brasil, em razão de uma mesma conduta, podem ser impostas, cumulativamente, sanções administrativas e penais. Dessa forma, a independência entre as instâncias faz com que os dois ramos possam ser aplicados sem qualquer relação entre eles (COSTA, 2014, p. 113).

Vale lembrar que é possível a utilização de elementos probatórios colhidos no processo penal para instrumentalizar processo administrativo, havendo, do mesmo modo, excepcionalmente, a possibilidade de a sentença penal ser obstáculo ao exercício da jurisdição administrativa, em pelo menos duas situações: i) no caso de reconhecida a inexistência do fato (art. 386, III, do CPP; e ii) no caso de reconhecimento de que o acusado não praticou o fato (art. 386, IV, do CPP). Anote-se que na segunda hipótese é necessário estar provada a inocência, não sendo suficiente, por exemplo, que a absolvição seja fundamentada em falta de provas ou que tenha sido reconhecida a prescrição, pois nesses casos não haverá qualquer óbice à instauração do procedimento administrativo.

A possibilidade de o Estado sancionar o mesmo comportamento mais de uma vez, sem que haja qualquer norma jurídica expressa sobre o afastamento de uma das sanções quando outra já tiver sido aplicada, não parece coadunar com o princípio do *ne bis in idem*.

O *ne bis in idem* é considerado um dos princípios mais importantes do Direito Penal contemporâneo, na medida em que veda que os mesmos fatos possam ser sancionados mais de uma vez. Veja-se que esse princípio não se restringe apenas à área penal, devendo ser aplicado como princípio geral do Direito punitivo (CALDEIRA, 2012, p. 337).

Sob o ponto de vista constitucional, esse princípio encontra amparo implícito em vários dispositivos, quais sejam, princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da legalidade, da proporcionalidade, da segurança e da estabilidade da relação jurídica e da solidariedade (art. 3º, *caput*, da CF/88) (CALDEIRA, 2012, 352).

Além disso, encontra-se previsto expressamente no artigo 8.4 do Pacto de San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio do Decreto n. 678/1992, o qual prevê que “O acusado absolvido por sentença passada em jugado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O princípio do *ne bis in idem* possui duplo conteúdo: i) material, segundo o qual ninguém poderá por ser punido duas vezes pelo mesmo fato sempre que se constatar a tríplice

identidade: sujeito, fato e fundamento; e ii) processual, que estabelece que o mesmo fato não poderá ser objeto de dois processos distintos (D'URSO, 2014, p. 207).

Da maneira como descrito no Pacto de San José da Costa Rica, verifica-se que o conteúdo do *ne bis in idem* que se proíbe é o processual, mas a decorrência logica disso é a proibição de seu conteúdo material, pois se uma pessoa não pode ser processada duas vezes pelo mesmo fato, certamente não será possível também a dupla imposição de sanção (D'URSO, 2014, p. 207).

Contudo, a aplicação da máxima do *ne bis in idem* carece de contornos claros, notadamente no que se refere à cumulação de sanções penais e administrativas. Afinal, a aplicação cumulativa de sanções em razão do mesmo fato implica violação ao princípio do *ne bis in idem*?

Pensando a questão a partir do bem jurídico protegido pela via penal ou administrativa, nota-se que não há diferença ontológica ou quantitativa entre ilícitos penal e administrativo, residindo apenas em um critério teleológico, reservando-se para a esfera penal requisitos mais rígidos à sua configuração (GUADANHIN, 2018, p. 142). Desse modo, a opção pela via penal ou administrativa não guarda relação com a ideia de bem jurídico, tratando-se de uma escolha de política legislativa (CALDEIRA, 2012, p. 347). Além disso, sanções penais e administrativas desempenham as mesmas funções, na medida em que ambas se voltam à repressão de atos ilícitos (vertente retributiva) e à sua prevenção (vertente preventiva) (COSTA, 2014, p. 111).

Partindo de tais premissas, entende-se que também deve ser aplicado o *ne bis in idem* na relação do Direito Penal e Direito Administrativo, de modo a inviabilizar a dupla sanção – administrativa e penal por um mesmo fato.

Dessa maneira, na prática, constata-se a possibilidade de ocorrência do *bis in idem* em três modalidades: i) penal, que se dá com a acumulação de penas para uma mesma conduta ou a consideração, por mais de uma vez, de uma mesma circunstância para a aplicação da pena; ii) administrativa, que se consubstancia com a acumulação de sanções administrativas para um mesmo ato; e iii) penal x administrativa, que se traduz pela acumulação de uma sanção penal e administrativa para o mesmo fato (D'URSO, 2014, p. 208).

Especificamente quanto à terceira modalidade, objeto do presente estudo, verifica-se a inexistência de posicionamento firme e emblemático no Brasil, mas a doutrina, mais recentemente, vem se perfilhando ao entendimento de que o *ne bis in idem* também deve ser

observado nesses casos, a fim de evitar a dupla punição por um mesmo fato, já que em ambos os casos haverá a manifestação da atividade punitiva do Estado (D'URSO, 2014, p. 209).

Dessa forma, com relação ao princípio da proibição de dupla punição, tradicionalmente reconhecido no âmbito de um aparato sancionador de mesma natureza ou de um mesmo ramo do direito, tem-se reconhecido a necessidade de sua observância também entre infrações de naturezas jurídicas distintas, como as de Direito Administrativo e as do Direito Penal (TEIXEIRA; ESTELLITA; CAVALI, 2018).

Sobre o tema, Gustavo de Carvalho Guadanhin (2018, p. 142) aponta que, no direito comparado, pela chamada dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem* dá-se preferência à jurisdição penal e impede-se a punição administrativa pelos mesmos fatos, em caso de condenação, fazendo referência à legislação da Alemanha (§ 21 da Ordnungswidrigkeitengesetz – OwiG, chamada de Lei Sancionadora Administrativa), da Itália (art. 24 da Lei 689/1981) e da Espanha (art. 133 da Lei 30/1991).

Com efeito, no Brasil, a vinculação a uma concepção de independência de instâncias faz com que se sobreponham sanções administrativas e penais, de modo que a compreensão de que ambas desempenham as funções retributiva e preventiva frente aos atos ilícitos, possibilitaria a identificação de um núcleo comum entre elas. Diante disso, tornar-se-ia possível, como uma estratégia de política-criminal já adotada em países europeus, uma espécie de eleição acerca da melhor via solucionadora das condutas nocivas, considerando-se um verdadeiro *bis in idem* a cumulatividade dessas punições (GUADANHIN, 2018, p. 50).

3 OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Destacada a problemática da independência das esferas penal e administrativa, no que tange à cumulatividade de sanções, passa-se à análise da situação específica dos crimes contra a ordem tributária.

A infração à legislação tributária implica sanções administrativas. Podem ser aplicadas multas moratórias, devidas em razão da simples extrapolação do prazo de vencimento do tributo (art. 61 da Lei n. 9.430/96), ou multas de ofício comuns e qualificadas, impostas pela Administração Tributária quando verificada a ocorrência de alguma irregularidade maior envolvendo omissões ou mesmo fraudes (art. 44 da Lei n. 9.430/96).

No âmbito federal, nos casos de lançamento de ofício, podem ser aplicadas multas de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição

nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, percentual esse que será duplicado, desde que preenchidas as hipóteses descritas no § 1º, do artigo 44 da Lei n. 9.430/96. Ainda, os percentuais de multa podem ser aumentados de metade, nos casos de não atendimento de intimação pelo sujeito passivo, no prazo marcado (§1º, do art. 44, da Lei n. 9.430/96). Há também a possibilidade de aplicação de multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal devido que deixar de ser efetuado.

Portanto, as sanções impostas na esfera administrativa, em caso de infração à legislação tributária, são extremamente gravosas. Além da cominação de tais sanções, o legislador criminaliza determinadas condutas que apresentam especial caráter ofensivo, que passam a configurar crimes, inclusive, com aplicação de penas privativas de liberdade. Desse modo, sem prejuízo das sanções administrativas, a mesma conduta pode ser sancionada também no âmbito penal.

No que se refere aos bens jurídicos que a lei penal visa proteger, Leandro Paulsen (2017, p. 329) menciona como principais a integridade do erário, a arrecadação e o cumprimento das leis tributárias.

No caso dos tipos penas tributários, os crimes, na maioria dos casos, são de ordem material ou de resultado, pressupondo a supressão ou redução de tributo devido, havendo também crimes formais, que prescindem de resultado material para a sua consumação. Vale destacar que alguns desses crimes estão previstos no próprio Código Penal, como a apropriação indébita de contribuições previdenciárias e da sonegação de contribuição previdenciária (arts. 168-A e 337-A do CP), enquanto outros estão disciplinados na Lei n. 8.137/90, que descreve crimes contra a ordem tributária praticados por particulares e por funcionários públicos (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.137/90).

No caso dos crimes materiais contra a ordem tributária, exige-se a constituição definitiva do crédito tributário como elemento essencial, ou seja, a configuração desses tipos penais, descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/90, depende necessariamente da exigibilidade do crédito tributário que não tenha sido pago.

A expressão “condição objetiva de punibilidade” foi veiculada no acórdão do *leading case* (HC 81.611/DF, STF), para expressar a necessidade de prévio esgotamento da discussão administrativa como requisito à persecução criminal em caso de crimes materiais contra a ordem tributária, o que resultou, posteriormente, na edição da Súmula Vinculante 24, que estabelece que “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Em decorrência disso, no caso de a Administração tributária reconhecer a inexistência do tributo, a sua inconstitucionalidade ou, ainda, a sua inexigibilidade, por consequência, não há que se falar no crime tributário. Nesse campo, está-se diante de hipótese em que a decisão administrativa vincula a esfera penal.

Nesse quadro, percebe-se que consiste verdadeiro *bis in idem* a cumulatividade dessas punições, pois há, inicialmente, um procedimento administrativo fiscal, no qual são impostas multas altíssimas, para, num momento posterior, ser aplicada, na esfera penal, a sanção correspondente.

De fato, os contínuos intentos de separar o injusto civil, as infrações administrativas e os delitos não foram suficientes para fazer com que o Direito Penal não se estendesse ao terreno próprio daquelas matérias. Dessa maneira, tendo em vista a existência de uma tendência de incriminação desenfreada, própria das sociedades contemporâneas, impõe-se a necessidade de uma forma mais legítima de realizá-la, rediscutindo-se os fins do Direito Penal para identificar seu papel de intervenção mínima, vale dizer, o seu caráter fragmentário e subsidiário (GUADANHIN, 2018, p. 45).

Embora a função do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos, esta se restringe aos chamados bens jurídico-penais. Isso significa que os demais deverão ser tutelados por outros setores do Estado (SCANDELARI, 2018, p. 156). O caráter fragmentário do Direito Penal, portanto, implica na conclusão de não ser ele instrumento de tutela de todo e qualquer bem jurídico.

A partir da noção de subsidiariedade do Direito Penal, tem-se que somente se justifica a sua aplicação quando outros ramos do direito se mostrarem ineficazes para a reintegração da ordem, configurando-se, assim, como a *ultima ratio* do sistema jurídico.

Nesse contexto, paralelamente às já traçadas discussões sobre a violação do *bis in idem* quando do acúmulo de sanções – administrativas e penais –, questiona-se: no âmbito das infrações tributárias, o Direito Penal possui, de fato, contornos de *ultima ratio*?

Ressalta-se que o objetivo do Direito Penal não é simplesmente proteger bens jurídicos, de modo que a sua intervenção somente se justifica nos casos de extrema e demonstrada necessidade, notadamente para proteção de bem jurídico pessoal. A consequência disso é que nem todos os atos da Administração Pública podem ser protegidos penalmente, visto que há aqueles sem qualquer repercussão direta sobre a pessoa humana, sendo esse o caso, por exemplo, da regular percepção dos tributos (GUADANHIN, 2018, p. 140).

No campo do Direito Penal Tributário, tendo em vista que a sanção criminal é a mais grave do ordenamento jurídico, mostrar-se-ia mais consentâneo com a característica de *ultima ratio* do Direito Penal que os crimes tributários fossem tratados como uma infração administrativa, ensejando somente a repressão do Direito Administrativo.

Isso porque o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal leva à conclusão de que se medidas civis ou administrativas forem suficientes ao restabelecimento da ordem jurídica violada, são estas que devem ser empregadas, e não as penais (BITENCOURT; PRADO, 1996, p. 86).

Assim, com a incidência de sanções criminais em caso de infrações tributárias, tendo em vista a capacidade de tutela do bem jurídico no âmbito administrativo, aliada à ausência de bem jurídico pessoal apto a justificar a criminalização da conduta, o Direito Penal afasta de seu caráter excepcional.

A sanção criminal, nesses delitos, assume o contorno de *auxiliar de arrecadação*. Essa ideia, em sede penal-tributária, ganhou visibilidade ao ser empregada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no já citado *leading case* HC 81.611/DF, para atribuir aos crimes da Lei n. 8.137/90 "o significado moralmente neutro da técnica auxiliar de arrecadação" (SCANDELARI, 2018, p. 160-161).

Nesse ponto, cabe destacar outra singularidade desses crimes, consistente no fato de que o pagamento do débito gera a extinção da punibilidade. O artigo 9º, §2º, da Lei n. 10.684/2003 estabelece que "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios." Esclarece-se que o efeito extintivo da punibilidade opera-se a qualquer tempo, na hipótese de pagamento integral do débito, seja antes ou depois da denúncia, ou até mesmo após a condenação.

Atente-se que a extinção da punibilidade pelo pagamento aplica-se apenas aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, não se aplicando a outros delitos, como descaminho, contrabando e estelionato (PAULSEN, 2017, p. 349).

De fato, essa particularidade própria dos crimes tributários, de que o pagamento do débito implica a extinção da punibilidade, corrobora a afirmação de que o Direito Penal, nessa seara, assume a figura de auxiliar de arrecadação. Partindo dessa visão, tem-se que a intenção do legislador é a de utilizar a criminalização da sonegação fiscal como forma de "incentivar" o devedor a quitar o débito, o que extravasa os limites do Direito Penal, ao negar-lhe a sua própria finalidade (SCANDELARI, 2018, p. 162).

No contexto atual, há uma administrativização do Direito Penal, que consiste na utilização desse ramo do direito, por parte do Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades. Com o intuito de assegurar obediência aos seus próprios atos e regulamentos, o Estado cria tipos penais que sancionam justamente violações ao Direito Administrativo. A norma penal, nesse sentido, assemelha-se à administrativa, impondo-se mais como forma do que como substância (GUARAGNI; BACH, 2018, p. 84).

Essa circunstância acaba tornando o Direito Penal um braço de apoio do Direito Administrativo, deixando de operar na adequada e proporcional perspectiva de *ultima ratio legis* para uma desenfreada expansão (KNOPGHOLZ, 2011, p. 20). É justamente o que ocorre com os crimes tributários, os quais expressam um Direito Penal que presta socorro e suporte à Administração Pública.

Para Miguel Reale Junior (2002, p. 21-22), a mencionada administrativização expressa um neoabsolutismo originário da inflação administrativa penal e torna a lei penal um regulamento, sancionando a observância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. A lei penal administrativizada destina-se a organizar e não a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.

Nesse cenário, observa-se que, no caso de infrações tributárias, como ocorre também em outros setores, as sanções administrativas e as sanções penais são impostas, muitas vezes, cumulativamente em virtude de uma mesma conduta, sob o pretexto de haver uma independência entre as instâncias. Todavia, tendo em vista que o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador desempenham a mesma função e que ambos aplicam sanções aos particulares, agindo, no caso tributário, na defesa da arrecadação dos tributos, é certo que tais sanções precisam encontrar limitações materiais e estabelecimento de diversas garantias processuais para sua aplicação (COSTA, 2014, p. 112).

Ressalta-se, nesse contexto, a necessidade de se regrar os atos sociais danosos decorrentes da pós-modernidade que levaram a essa expansão do Direito Penal, que assume uma função simbólica, ganhando força as discussões sobre a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES E A NECESSIDADE DE UM MODELO SANCIONADOR INTEGRADO

A vertente sancionadora do Direito Administrativo vem se desenvolvendo de maneira significativa no Brasil. A Administração Pública brasileira aplica sanções nos mais variados âmbitos, como, por exemplo, trânsito, meio ambiente, sistema financeiro e questões tributárias (COSTA, 2014, p. 109).

Apesar do alargamento do Direito Administrativo sancionador, não se verifica o desenvolvimento de uma teoria geral desse fenômeno, apta a consolidar as características do ilícito administrativo, os limites do poder sancionatório estatal, a natureza das sanções e as garantias processuais correspondentes (COSTA, 2014, p. 110).

Ao lado disso, na contemporaneidade, verifica-se a hipertrofia do Direito Penal, que ocorre, segundo Silva Sanchez (2002, p. 27-40), entre outras razões, com a aparição de novos interesses e o aumento de valor conferido a outros já existentes; o aparecimento de novos riscos; a institucionalização e a difusão da sensação de insegurança, gerada e explorada pelos meios de comunicação em massa; a identificação social com a vítima, além do descrédito de outras esferas de proteção. A expansão do Direito Penal tem como consequência a criminalização abstrata de fatos de pouco valor político-social, levando à prática de delitos por um elevado número de pessoas (GUADANHIN, 2018, p. 46).

Nesse sentido, Alexandre Knopfholz (2011, p. 18), citando Diéz Ripollés, esclarece que a política criminal que pretende dar a resposta adequada à sociedade de risco encontra alicerce em quatro aspectos: i) na ampliação da intervenção penal diante das novas realidades sociais; ii) na perseguição à criminalidade dos poderosos; iii) na preferência de atuação do direito penal em detrimento de outros instrumentos de controle social; e iv) na necessidade de acomodar os conteúdos do direito penal e do processo penal clássicos à nova realidade.

No entanto, apesar de a expansão do Direito Penal ter como efeito a criminalização de condutas até então delegadas a outras esferas do direito ou da Administração Pública, nota-se que tais matérias continuam também abrangidas por esses outros setores do direito, gerando a aplicação de sanções em mais de uma esfera pelo mesmo fato.

Diante desse cenário, com vistas a coibir o *bis in idem* na aplicação de sanções, torna-se necessário o desenvolvimento de uma política sancionadora que integre as esferas administrativa e penal, afastando da esfera do Direito Penal a responsabilidade pela solução dos problemas da sociedade de risco (KNOPFHOLZ, 2011, p. 20).

Toma-se por norte a concepção vigente em outros países, como, por exemplo, na Espanha, de que o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador são ramos muito próximos e que o diálogo entre tais ramos pode resultar em grandes avanços dogmáticos em ambos os campos (COSTA, 2014, p. 111). Nessa linha, a concepção de independência de

instâncias, que atualmente vigora no Brasil, ao negar os pontos de contato entre tais ramos do direito, como se pudessem ser aplicados paralelamente, acaba por criar um fechamento artificial no sistema (COSTA, 2014, p. 113), gerando, além da dupla punição pelo mesmo fato, o desvirtuamento da condição de *ultima ratio* do Direito Penal.

Assim, para se desenvolver uma política sancionadora integrada, é necessário se considerar tanto os mecanismos penais quanto administrativos para o estabelecimento jurídico de determinadas condutas (COSTA, 2014, p. 113).

O primeiro ponto a se considerar é a racionalidade que deve orientar a atividade sancionadora do Estado, a qual deve ser pautada por uma lógica de prevalência da liberdade e limitação do agir estatal, tendo como pilar básico a observância do princípio da legalidade (COSTA, 2014, p. 113). Já nesse aspecto, causa estranheza a possibilidade de o Estado sancionar um mesmo comportamento mais de uma vez.

O presente trabalho questiona especificamente a possibilidade de imposição de sanção penal e sanção administrativa sobre o mesmo fato, situação em que ocorre *bis in idem*. Dessa forma, a partir de uma política integrada, firmada no princípio da proporcionalidade, é fundamental a vedação de imposição de dupla sanção, o que levaria a uma atividade sancionadora mais legítima, mais clara para o destinatário da norma, mais proporcional e menos dispendiosa para o Estado (COSTA, 2014, p. 115).

Portanto, o campo legislativo é o mais adequado para desenvolvimento dessa política sancionadora integrada, pois, primeiramente, seria necessária a construção coordenada dos ilícitos administrativo e penal. Isso quer dizer, antes de tudo, que o legislador deverá fazer uma escolha entre um ou outro ramo do direito, seguindo critérios adequados, pelo sancionamento de uma conduta, evitando, assim, a ocorrência de *bis in idem* (COSTA, 2014, p. 115).

Além disso, Helena Regina Lobo da Costa (2014, p. 115) referencia a necessidade de observação de critérios para identificar hipóteses de *bis in idem*, destacando que os desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência espanholas parecem ser os mais bem fundamentos para proceder a esse exame, quais sejam: identidade de sujeitos; identidade de objeto ou fatos e identidade de fundamento jurídico. Com base em tais critérios, não é possível cumular sanção penal e administrativa à mesma pessoa física ou à mesma pessoa jurídica, devendo os fatos tidos como ilícitos serem idênticos para gerar a incidência do *bis in idem*. E, por fim, o fundamento jurídico deve voltar-se às funções desempenhadas pela norma em questão. Como já mencionado, tanto o Direito Administrativo quanto o Direito Penal trabalham com a ideia de repressão e prevenção de atos ilícitos, com o fim de proteger certo

bem jurídico, de modo que, em geral, estar-se-ia diante de um mesmo fundamento para as duas normas, o que inviabilizaria a aplicação das sanções de maneira cumulada.

Ainda, para a construção de uma política sancionadora que integre os dois ramos aqui estudados, é imprescindível que haja a consideração central da aplicação dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, que devem ser observados para a construção dos tipos penais (COSTA, 2014, p. 116).

Logo, diante de uma conduta indesejada, caberia ao legislador se perguntar se é possível tratar a questão por meio de responsabilização individual, para, então, verificar se há meios não punitivos de prevenção dessa conduta, tal como o tratamento pela via do direito civil (reparação/indenização de danos). Apenas em caso negativo, deveria considerar o uso do aparato estatal sancionador, questionando-se, primeiramente, se o direito administrativo é suficiente para tratar da questão de forma efetiva, pois, em muitos setores, esse pode revelar-se mais eficiente do que o Direito Penal. (COSTA, 2014, p. 116).

Somente na hipótese de a tutela administrativa não se mostrar suficiente e adequada, poderia o legislador examinar a possibilidade de criminalização da conduta, devendo, para isso, verificar se existe ofensa a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da pessoa humana. Ainda, deveria indagar sobre a efetividade, eficácia e os efeitos que o tratamento penal da conduta iria gerar, pois, a depender do caso, as consequências da criminalização são mais prejudiciais do que a escolha por outro tratamento jurídico (COSTA, 2014, p. 117).

Para o desenvolvimento desse modelo integrado, é de fundamental importância que o Direito Administrativo sancionador seja dotado de um regime jurídico geral, com estabelecimento das características da definição do ilícito, limitações para imposição de sanções, procedimento de investigação e processamento das condutas, garantias necessárias, etc, o que conferiria maior legitimidade e efetividade a essa esfera do direito (COSTA, 2014, p. 116-117).

Nesse sentido, diferentemente do expansionismo penal, defende-se o fortalecimento do Direito Administrativo sancionador, posto que, ao mesmo tempo em que se preservariam as garantias constitucionais e o direito do acusado, esse ramo se revela a resposta mais razoável e proporcional para determinados ilícitos, notadamente no que se refere aos crimes tributários, traduzindo-se na melhor resposta estatal.

Nesses casos, percebe-se que a resposta administrativa pode ser, inclusive, de eficácia superior à da sanção penal, sendo certo que a imposição de uma penalidade severa por órgãos da Administração Pública pode vir a ser mais útil, razoável e proporcional do que a

imposição de pena privativa de liberdade (KNOPFHOLZ, 2011, p. 29). Veja-se que, sobre o tema em discussão, Gustavo de Carvalho Guadanhin (2018, p. 142) assevera que a estruturação do Direito Administrativo sancionador, além de conferir maior segurança jurídica, atingiria melhor os objetivos buscados na repressão às condutas originadas em uma sociedade de risco, dentre as quais a flexibilização da configuração do dolo e a responsabilidade da pessoa jurídica, tudo isso sem atingir as garantias do Direito Penal, que deve ser observado como a *ultima ratio* do ordenamento.

Nesse aspecto, cabe registrar a dificuldade de imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa, pois, conforme delineado por Heloisa Estellita (2017, p. 38), no âmbito de uma organização mais ou menos formalizada, exige-se que: o autor seja o destinatário da norma; que esteja em posição de objetivamente atender a esse dever e que, além disso, disponha do conjunto de informações necessárias que lhe permitam reconhecer a ameaça de lesão a bens jurídicos, bem como de tomar medidas adequadas para evitar essa violação. A título exemplificativo, menciona-se que no crime de sonegação fiscal não se pode presumir, nem para efeito de admissão da ação, que aquele que conste como administrador tenha concorrido para a prática da infração penal (ALMEIDA, 2013, p. 4), evidenciando a dificuldade de identificação, no âmbito das atividades da empresa, do agente responsável pelo recolhimento de tributos.

Tais dificuldades poderiam ser solucionadas com o desenvolvimento de um sistema de responsabilidade sancionadora administrativa, a qual, também por essa razão, mostra-se mais eficaz no combate ao desvio verificado, afigurando-se a tutela penal mais dispendiosa, difícil de ser aplicada e um instrumento de aflições desnecessárias, que traduz a função simbólica que vem sendo conferida ao Direito Penal, alheia ao chamado Estado Democrático de Direito, no qual o Direito Penal deve ter papel de intervenção mínima.

Ressalte-se que não é objeto da presente discussão a possibilidade ou não de o Estado reprimir qualquer forma de ilícito. Ao revés, defende-se a utilização isolada da via administrativa, nos casos de crimes tributários. O desenvolvimento de uma política sancionadora integrada, com observância de elementos do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, desponta como medida apta a conferir importantes benefícios para a racionalização de sistema jurídico brasileiro, destacando-se, dentre eles, a inviabilização da aplicação paralela e independente das duas esferas do direito aqui abordadas, o que leva ao afastamento do Direito Penal de seu caráter de *ultima ratio* e confere-lhe um papel de braço de apoio do Direito Administrativo. Por conseguinte,

evidenciar-se-ia que o Direito Administrativo sancionador poder ser o instrumento legítimo e eficaz em relação a alguns tipos penais, notadamente no caso dos crimes tributários.

5 CONCLUSÃO

Como visto, a concepção de independência de instâncias permite a imposição de sanção administrativa e penal sobre o mesmo fato, destacando-se que essa sistemática não se mostra consentânea com o princípio do *ne bis in idem*, que também deve ser observado entre infrações de naturezas jurídicas distintas, que desempenham, muitas vezes, as mesmas funções.

Verificou-se que no âmbito de infrações tributárias, sem prejuízo da imposição de sanções extremamente gravosas na esfera administrativa, há a criminalização de determinadas condutas, inclusive, com aplicação de penas privativas de liberdade. Dentro desse contexto, procurou-se analisar se, no âmbito das infrações tributárias, o Direito Penal possui ou não contornos de *ultima ratio*, a partir da noção de fragmentariedade e subsidiariedade que devem nortear esse ramo do direito.

Nesse ponto, observou-se que, em relação aos crimes tributários, o Direito Penal é administrativizado, ou seja, vem sendo utilizado pelo Estado como mecanismo para garantir o bom andamento de suas próprias atividades, deixando de operar na adequada e proporcional perspectiva de *ultima ratio*.

À vista disso, constatou-se que a adoção de uma política sancionadora integradora que observe elementos do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador mostra-se apta a conferir importantes benefícios para a racionalização de sistema jurídico brasileiro, especialmente porque inviabilizaria a aplicação paralela e independente das duas esferas do direito aqui abordadas.

Desse modo, conclui-se que o Direito Administrativo sancionador poder ser o instrumento legítimo e eficaz em relação a alguns tipos penais, notadamente no caso dos crimes tributários, podendo a resposta administrativa, nesses casos, ser, inclusive, de eficácia superior à da sanção penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de**.** A jurisprudência do STJ sobre a responsabilidade dos administradores por dívidas tributárias e a formação do pólo passivo das ações penais nos crimes fiscais. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 21, n. 245, p. 3-5., abr. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRAZO, Luiz Regis**. Elementos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Independência das esferas administrativa e penal é mito. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito. Acesso em 02 agosto 2018.

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

COSTA, Helena Regina Lobo. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Menos direito penal e mais direito administrativo sancionador: a proibição de acumulação de sanções. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords.). **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância**: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública. Curitiba: Juruá, 2018.

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: **Direito penal econômico**: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos / coordenação: Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização: Fernando Martins Maria Sobrinho. Londrina: Thoth, 2018.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **Sociedade de riscos e poder de policia**: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo disciplinar. Revista de Ciências Penais, vol. 15, jul-dez/2011, p. 13-36.

PAULSEN, Leandro. **Crimes federais.** São Paulo: Saraiva, 2017.

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

SCANDELARI, Gustavo Britta. Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. In: **Direito penal econômico**: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos / coordenação: Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização: Fernando Martins Maria Sobrinho. Londrina: Thoth, 2018.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo.Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas. **Revista Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018. Acesso em 03 agosto 2018.