



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CÚMULO DE SANÇÕES
ADMINISTRATIVAS E PENAIS

Mariana Hoff Amaro dos Santos

Rio de Janeiro
2020

MARIANA HOFF AMARO DOS SANTOS

AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CÚMULO DE SANÇÕES
ADMINISTRATIVAS E PENAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Ubirajara Fonseca Neto

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CÚMULO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS

Mariana Hoff Amaro dos Santos

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – tradicionalmente, o Brasil adota a independência das instâncias civil, administrativa e penal. Esse sistema permite que ocorra a sobreposição de sanções aplicadas por essas esferas de poder que, salvo algumas exceções, não se comunicam. Assim, instala-se uma realidade jurídica de *bis in idem*, de forma que um mesmo fato pode ser punido mais de uma vez com sanções de naturezas distintas. O propósito do trabalho é criticar o distanciamento do poder de punir do Estado, analisando o tema a partir de uma decisão da jurisprudência europeia e sua possível correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave – Independência de instâncias. Princípios constitucionais. Caso Menci.

Sumário – Introdução. 1. A independência hermética de instâncias e sua relação com o poder de punir do Estado. 2. O *ne bis in idem* como preceito limitador do cúmulo de sanções. 3. A necessária aplicação dos princípios penais ao direito administrativo sancionador. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o cúmulo de sanções administrativas e penais sob o prisma dos princípios constitucionais e apresenta como objetivo precípuo a análise de uma possível violação de garantias fundamentais na hipótese de o mesmo fato ser punido em esferas estatais diferentes.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a independência das instâncias, na qual as decisões tomadas em âmbito penal não interferem em outras proferidas na seara administrativa. Assim, percebe-se que o mesmo fato pode constituir crime e infração administrativa, tal como ocorre no direito ambiental, cujos crimes constam na Lei nº 9.605/1998 e cujas infrações não-penais aparecem no Decreto nº 6.514/2008.

Nesse contexto, essa divisão estanque começou a ser questionada nos tribunais europeus em razão da sua possível violação de direitos fundamentais. Assim, é possível notar na jurisprudência europeia uma tendência a não admitir em determinadas situações a punição do ilícito nas duas esferas sancionatórias, por um estar contido no outro.

Merece destaque o Caso Menci em que o Tribunal de Justiça da União Europeia avaliou a possibilidade de aplicação de sanção penal após o processo administrativo que já havia determinado uma punição pecuniária. O órgão julgador estabeleceu uma série de

condições a serem observadas com o intuito de evitar uma condenação exacerbada face à gravidade da infração.

Nesse sentido, faz-se oportuno trazer a discussão para o cenário brasileiro, que apresenta a tese persistente da rígida separação das instâncias, fazendo-se necessário, portanto, discutir limites constitucionais que coíbam a expressão de um poder punitivo desmedido.

Isto posto, o estudo foi elaborado a partir do método hipotético-dedutivo, uma vez que se objetiva resolver questões controvertidas apontadas como hipóteses na pesquisa. Assim, busca-se, por meio de uma metodologia do tipo bibliográfica e qualitativa, reunir um arcabouço doutrinário suficiente na fase exploratória que possibilite a análise das proposições apontadas.

De modo a rechaçar a possibilidade de a independência das instâncias penal e administrativa continuar sendo o paradigma a ser adotado pela jurisprudência e doutrina brasileira, intenta-se, no primeiro capítulo da pesquisa, defender por que seria inexorável uma nova leitura da autonomia das instâncias do poder repressivo do Estado, visando à adoção de uma interseção principiológica.

Em seguida, pretende-se determinar, no segundo capítulo, possíveis alternativas para cotejar as punições em duplicidade de modo a resguardar os direitos fundamentais do acusado à luz do estudo do Caso Menci. Parte-se da hipótese de que o duplo sancionamento por diferentes esferas do poder repressivo do Estado com base num único ato seria desproporcional ou excessivo frente à potencialidade lesiva de uma conduta.

Por fim, no terceiro capítulo, considerando a tese de o cúmulo de punições significar uma ofensa à proibição do excesso, busca-se apontar, inclusive, dispositivos legais que fundamentam as duas visões apresentadas, destacando aquela que permitiria a ponderação entre as duas instâncias, objetivando equilibrar as punições no âmbito do direito administrativo sancionador.

1. A INDEPENDÊNCIA HERMÉTICA DE INSTÂNCIAS E SUA RELAÇÃO COM O PODER DE PUNIR DO ESTADO

A independência de instâncias se norteia pelo princípio da separação dos poderes, princípio informativo do Estado de Direito. Assim, um mesmo fato pode caracterizar ilícito penal e administrativo, mas haverá uma bifurcação no seu julgamento, sendo um realizado pelo Poder Judiciário e o outro pelo Poder Executivo, respectivamente.

Essa divisão se justificaria porque cada esfera de poder se presta a tutelar diferentes bens jurídicos. Tanto é assim, que o ilícito penal chancela valores distintos do que o

administrativo. Numa análise apriorística, Silva Sánchez¹ aponta que não haveria razão para mitigar essa separação, tendo em vista que o direito penal e o direito administrativo sancionador perseguem diferentes finalidades.

Entre as aventadas razões para a separação independente de instância está a funcionalidade de cada instituto, revestindo-se a esfera punitiva administrativa de função preventiva, enquanto o direito penal aplicado pelo Poder Judiciário quando da persecução criminal desempenha um papel repressivo. Para Silva Sánchez²,

as teses clássicas distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese de diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto.

O Supremo Tribunal Federal adota expressamente esse paradigma em sua jurisprudência, como se pode extrair do trecho do MS 21.029-DF³, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

vê-se, desse modo, que as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão penal. Esse entendimento da matéria, como já assinalado, tem prevalecido ao longo da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]

No mesmo sentido, preconiza o art. 127 da Lei nº 8.112/90⁴ que as sanções “poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Assim, conclui-se que, o cenário brasileiro atual se limita a empregar o entendimento consolidado sem maiores indagações para se manter a tese de que são duas formas de repressão que visam a objetivos distintos.

Em relação às infrações administrativas, frise-se que a Administração Pública atua de forma pulverizada. Isso exprime que, sobre um prisma horizontal, há diversos sistemas que compõem a atuação material da Administração, tais como ambiental, urbanístico, econômico, tributário etc. Daí se falar em núcleos fragmentados de atividade.

¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silvia. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

² *Ibid.*, p. 148.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21029-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21029%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6xtl9x8>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁴ BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020

Além disso, o direito administrativo sancionador demonstra sua extensão também quanto à multiplicidade de destinatários, sendo estes os próprios agentes públicos, cujo fundamento se encontra no poder disciplinar; ou os administrados, com base no poder de polícia.

Segundo Roxin⁵, a separação de instâncias visa justificar de forma frágil o duplo sancionamento. Primeiro, porque o direito penal não apresenta apenas uma função repressiva. Segundo, a análise deveria se pautar pelo princípio da subsidiariedade.

Para exemplificar, o autor alemão cita o ilícito cometido por um funcionário público no exercício de suas funções. Sendo o fato extremamente grave de modo a afetar toda a sociedade, tal como a corrupção passiva, a interferência do direito penal se faria necessária. Caso contrário, a sanção disciplinar interna desempenharia a função de responsabilizar o infrator.

No que toca à responsabilidade do servidor público, constata-se que a maioria das decisões da Corte Superior refere-se à viabilidade de prosseguir no processo administrativo disciplinar sem aguardar eventual decisão na esfera penal. Nesse sentido, não se pretende defender que o referido PAD não se inicie ou fique suspenso aguardando a decisão sobre o crime. Tal tese implicaria o enfraquecimento da separação dos poderes, corolário imprescindível para a manutenção da democracia.

No entanto, pondera-se se uma divisão tão hermética não se mostraria pouco eficiente para a realidade brasileira, sobretudo pela missão constitucional de garantias de direitos fundamentais e de contenção do poder punitivo do Estado.

Nessa linha, faz-se oportuno citar que, quando do julgamento do mandado de segurança nº 21.293-DF⁶, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto divergente entendendo que:

a figura da transgressão administrativa aproxima-se da figura penal. Por isso, e tendo em vista que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não há falar da independência das instâncias administrativa e penal. (...) Há um dado relativamente à coincidência entre as figuras administrativa e penal. É que o dispositivo no qual o Impetrante foi enquadrado é o IV do artigo. 383 do Decreto nº 59.310. Então o que temos nesse inciso? – “ofensa física” – não se fala aqui em lesão – “em serviço contra funcionário ou particular” – aí vem um dado importantíssimo: “salvo em legítima defesa”, Ora, vamos admitir que a excludente de ilicitude seja definida por uma autoridade administrativa, aventando-se a

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 74.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21293*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21293%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21293%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2jzgelb>>. Acesso em: 07 out. 2019.

possibilidade de, com a demanda penal e julgamento definitivo, haver repercussão no campo administrativo. Por isso digo que, no caso, a figura penal e a administrativa estão umbilicalmente ligadas. Há como que uma superposição, só que se jogou com palavras – ao invés de se cogitar de lesões corporais, apontou-se ofensa física, seguida da especificidade – em serviço.

Isto posto, o debate que se mostra inescusável não é apenas o de que um mesmo fato é passível de punição em duas instâncias diferentes de poder, mas que essas duas esferas têm contornos semelhantes quanto à sua maneira de punir. É inegável que o direito administrativo tem sido aparelhado de forma a atuar como um sistema punitivo próprio.

No mesmo ensejo, haveria também uma incongruência quando, no processo criminal, a pena a ser aplicada não implica limitação à liberdade, como as penas restritivas de direitos; ou ainda no que se refere aos efeitos secundários da pena, por vezes semelhantes às punições empregadas pelo direito administrativo sancionador. Haveria, portanto, a aplicação cumulativa de sanções de dois ramos de direito público de caráter punitivo, tendente a um *bis in idem*.

Por esse ângulo, uma mitigação importante a ser apontada pela jurisprudência é a hipótese de vinculação da seara penal caso haja sentença absolutória quanto à autoria e a materialidade do fato⁷. Desse modo, o acusado não poderá ser punido em âmbito disciplinar. Contudo, se a absolvição se verificar por outro motivo, é possível impor uma sanção na esfera administrativa. Da mesma forma, caso não haja condenação por insuficiência de provas ou por atipicidade, essa decisão não vincula.

Diante do todo o exposto, é forçoso reconhecer que o poder repressivo estatal é uno. Há uma matriz de natureza comum, isto é, uma identidade mínima entre as sanções oriundas do *jus puniendi*. Assim, a ilicitude é, em sua essência, uma só e a sua cisão é mero critério de conveniência do Estado.

2. O *NE BIS IN IDEM* COMO PRECEITO LIMITADOR DO CÚMULO DE SANÇÕES

Visando tornar a análise mais tangível, é imperativo trazer ao debate as implicações do Caso Menci⁸, decidido em 20 de março de 2018 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

⁷ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para Discussão nº 251). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td251>>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Acórdão nº C-524*, Pedido de Decisão Prejudicial Apresentado Pelo Tribunale di Bergamo. Processo penal contra Luca Menci. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200404&doclang=PT>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

– TJUE. A decisão tomada por essa Corte teve como ponto de partida uma questão prejudicial afetada pelo Tribunal de Bérgamo na Itália.

Esse órgão jurisdicional julgava Luca Menci, empresário individual que, após não pagar o valor devido do tributo IVA no prazo legal, recebeu multa como punição pelo atraso, aplicada pela Administração tributária italiana. Findo o procedimento administrativo, foi instaurado processo penal pelo mesmo fato (não pagamento do imposto). Assim, a questão prejudicial versa sobre a seguinte indagação⁹:

O disposto no artigo 50º [da Carta], interpretado à luz do artigo 4º [do Protocolo] nº 7 [da CEDH] e da correspondente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, opõe-se à possibilidade de instaurar um procedimento penal que tenha por objeto um facto (não pagamento do IVA) pelo qual foi aplicada ao arguido uma sanção administrativa irrevogável?

É importante ressaltar que o Tribunal italiano afetou o referido reenvio prejudicial ao TJUE por conta da função interpretativa deste, isto é, o esclarecimento de determinado dispositivo específico de maneira a dar uniformidade ao direito europeu e, sobretudo, resguardar direitos. Tal mecanismo se presta a evitar que os tribunais nacionais interpretem de forma distinta uma mesma regra.

Nesse sentido, deve-se esclarecer que o art. 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preconiza que “ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”¹⁰. Na mesma linha, o art. 4º do Protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) determina 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”¹¹.

Consagra-se nesses dispositivos, portanto, a vedação do *bis in idem*. Tal postulado significa a proibição que de seja imposto a um indivíduo dupla sanção e duplo julgamento pela prática do mesmo crime (segundo a doutrina¹², *bis in idem* material e formal, respectivamente).

⁹ Ibid.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹² MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. Brasília: *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, ano. 4, n. 16, jul-set. 2005, p.46.

Da mesma forma, o *ne bis in idem* está presente no ordenamento jurídico brasileiro, embora não na Constituição da República. No entanto, pode-se considerar que a vedação da dupla punição é direito fundamental não expresso na Carta Constitucional, tendo em vista o disposto no §2º do seu art. 5º. Além disso, verifica-se que o princípio se manifesta em outros diplomas legais, como no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Convenção Americana de Direitos Humanos (internalizada por meio do Decreto nº 678 de 1992), entre outros.

É possível destacar alguns pressupostos para averiguar se as circunstâncias do caso concreto levam a uma violação do princípio fundamental¹³. A primeira delas é a identidade física do sujeito do polo passivo da relação punitiva. Em seguida, apura-se a unidade fática, isto é, os fatos idênticos determinados objetivamente no mesmo contexto de tempo e espaço. Ademais, exige-se que o fundamento jurídico contido nesses fatos que levou a um processo jurídico-punitivo se relacione com o mesmo bem ou interesse jurídico. Assim, caso haja coincidência entre esses três aspectos, pode-se concluir pela não observância do direito fundamental da vedação do duplo sancionamento.

Retomando o caso Menci, o TJUE, de início, debruçou-se sobre a natureza penal da sanção prevista no art. 50 da Carta¹⁴. Isso porque o tribunal ponderou que há critérios para classificar uma sanção, mesmo que administrativa, como de natureza penal. Dentre eles, destaca-se o caráter repressivo da sanção administrativa que estabeleceu a multa ao contribuinte, o que iria ao encontro da aceção de “pena” prevista no dispositivo em comento.

Além disso, examina-se o nível de severidade da punição com o intuito de verificar se o ato ilícito cometido foi punido de acordo com os ditames do princípio da proporcionalidade. É dizer, analisa-se se a sanção administrativa corresponde à gravidade da infração, sem se demonstrar excessiva, mas também assegurando a retribuição.

O princípio da proporcionalidade desempenha uma função importante diante desse cenário, uma vez que sua aplicação garante outros direitos fundamentais do processo penal ao acusado. Nesse sentido, busca evitar que o ato sancionatório seja desproporcional ou excessivo frente à potencialidade lesiva de uma conduta. Mesmo não constando expressamente no texto constitucional brasileiro, a proporcionalidade é um princípio que atinge todos os três poderes do Estado, na medida em que impõe que todo ato estatal tenha uma finalidade sempre influenciada pelos valores constitucionais.

¹³ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 162.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 10, p. 05.

Por fim, o TJUE solucionou a questão estabelecendo que o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado de maneira a permitir a instauração de um processo penal após o procedimento administrativo, desde que a legislação nacional preencha as seguintes condições¹⁵:

- visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, a saber, a luta contra as infrações em matéria de IVA, devendo esses procedimentos e essas sanções ter finalidades complementares,
- conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional que para as pessoas em causa resulta de um cúmulo de procedimentos, e
- prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa.

Por derradeiro, conclui-se que¹⁶:

Cabe ao órgão jurisdicional nacional certificar-se, tendo em conta o conjunto de circunstâncias no processo principal, de que o encargo que resulta concretamente para a pessoa em causa da aplicação da regulamentação nacional em questão no processo principal e do cúmulo de procedimentos e de sanções que esta autoriza não é excessivo face à gravidade da infração cometida.

Assim, constata-se que a mudança na jurisprudência europeia não se refere apenas à proibição do cúmulo de sanções ou do duplo procedimento. Ainda que seja uma questão que os tribunais da Europa venham enfrentando diuturnamente, defendeu-se, nessa ocasião, uma leitura complementar e sistêmica do ordenamento jurídico. Isso posto, não cabe somente a exclusão de uma instância por outra, mas que haja uma comunicação entre elas, de forma a dar a melhor solução possível ao caso, exercendo o poder punitivo estatal balizado pelo atendimento de direitos fundamentais.

3. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como é possível verificar dos contornos do Caso Menci¹⁷, o estudo do impacto da separação completa entre duas instâncias do poder punitivo não traduz apenas um interesse teórico, mas uma possível aplicação prática a determinados casos seguindo certos critérios. Nessa esteira, no esforço de tentar estabelecer pontos de contato entre o que foi exposto sobre o julgamento do caso europeu com a realidade brasileira, é necessário que se enfrente algumas premissas retomando o que já foi abordado na primeira seção.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 8, p. 10.

¹⁶ Ibid., p. 11.

¹⁷ Ibid.

Em linha de princípio, deve-se entender que as sanções oriundas do direito administrativo fazem parte de um segmento deste ramo do direito intitulado direito administrativo sancionador. São inúmeros os tipos administrativos sancionadores, pulverizados em diferentes leis e até em atos normativos.

Somado a isso, faz-se necessário mencionar de que se trata de ramo não codificado do direito, o que pode gerar um obstáculo na aplicação das sanções. Não há, portanto, uma consolidação normativa com disposições processuais aplicáveis a toda e qualquer decisão de natureza administrativa. Assim, o gestor não tem que observar um itinerário positivado como método decisório, como deve o fazer o julgador. Na esfera penal – logo, judicial, há um regramento dando materialidade à proteção estabelecida na Constituição Federal.

Nesse sentido, infere-se que o sancionamento administrativo, ao ser comparado com o processo judicial penal, careceria de segurança de jurídica. Isso porque, ainda que a autoridade administrativa tenha que observar os valores constitucionais, não há um caminho lógico-racional na aplicação da punição de forma a legitimar esse processo.

Conforme já mencionado, a conclusão principal do caso Menci foi a de que é possível fazer um juízo complementar entre as instâncias independentes de poder com o intuito de punir de forma mais proporcional. Uma das estratégias que se pode lançar mão para tentar amenizar a falta de coordenação entre as esferas punitivas seria justamente a observância de princípios constitucionais até então penais e processuais penais ao direito administrativo sancionador.

Há doutrina¹⁸ que vem defendendo a aplicação dessas garantias quando do processo administrativo inclusive dentro de uma visão de constitucionalização do direito e de unicidade no poder de punir. Também aliada a esta ideia, frise-se que tais princípios decorrem do Estado Democrático de Direito, cuja manifestação de *jus puniendi* deve ser sempre regida por esses corolários, até mesmo porque é daí que se extrai a premissa de violação do *ne bis in idem*.

Merece destaque como exemplo de outras garantias dignas de intensa proteção a ampla defesa consubstanciada na defesa técnica. Segundo a Súmula Vinculante nº 05¹⁹ do STF, “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Com a devida vênia, ao se considerar a possibilidade sancionatória restritiva no âmbito do PAD, a prescindibilidade da assistência jurídica em processo não judicial tende a esvaziar essa garantia constitucional gerando um efeito antidemocrático.

¹⁸ VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, v. 278, nº 1, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79029>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 05*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 30 jun. 2020

Nesse aspecto, cabe citar ainda a possibilidade de provas emprestadas entre as duas esferas de poder, reforçando a necessidade de se garantir direitos em tese do campo penal ao indivíduo acusado em esfera administrativa, porque esse PAD pode repercutir em processos judiciais. Assim, é possível que um servidor público que foi condenado pela Administração, sem defesa técnica, tenha uma prova produzida neste âmbito emprestada para um processo judicial.

Da mesma forma, faz-se imprescindível considerar que a utilização dos postulados se mostra ainda mais urgente nas hipóteses em que o direito administrativo sancionador punir de maneira mais severa do que o direito penal. Para exemplificar, o capítulo I do Título XI do Código Penal trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração²⁰.

Algumas infrações como a prevaricação, prevista no art. 319 (com pena de detenção de três meses a um ano e multa); a advocacia administrativa, disposta no art. 321, e o emprego irregular de verbas públicas do art. 315 (ambos apenados com detenção de um a três meses), se comparados com as sanções estabelecidas na Lei nº 8.112/90²¹ ou na Lei nº 8.429/92²², são consideravelmente mais brandas. Isso porque são crimes julgados em Juizados Especiais Criminais, cujo rito está disciplinado na Lei nº 9.099/95²³ e as penalidades se limitam a penas restritivas de direito, quando não for o caso de propor medidas despenalizadoras como a transação penal.

Em contrapartida, as sanções previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90²⁴ incluem a advertência, a suspensão, a demissão, a cassação de aposentadoria e a destituição de cargo em comissão ou função comissionada. Na Lei de Improbidade²⁵, com punições de natureza civil, constam a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por no mínimo três anos, o pagamento de multa de até cem vezes o valor da remuneração do funcionário e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Assim, é essencial reconhecer a aplicabilidade de garantias como a presunção de inocência, a ofensividade, o devido processual legal e a culpabilidade no âmbito do procedimento administrativo, tanto na sua fase instrutória, quanto no que se refere à dosimetria de eventual condenação. Isso porque pode haver uma sanção administrativa mais gravosa,

²⁰ Os exemplos se limitaram a punições aplicadas a pessoas físicas, mas sem desconsiderar aquelas decorrentes de acordo de leniência e da Lei nº 12.846/13, direcionadas a pessoas jurídicas.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 04.

²² BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020

²³ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 04.

conforme já aludido, então haveria um contrassenso na sua não observância. Além disso, a análise principiológica também se presta à fundamentação decisória, motivo pelo qual pode embasar uma decisão mais ponderada no que tange ao acúmulo de sanções e à gravidade destas.

Nessa esteira, houve interessante mudança legislativa em 2018 que acrescentou o §3º no art. 22 da LINDB²⁶. A nova redação dividiu a doutrina, que por um lado entendeu pela legitimação do *bis in idem*, inclusive defendendo a sua inconstitucionalidade; mas de outro, interpretou como uma mitigação da sobreposição de punições, de maneira que “caso haja duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada tendo-se em conta a primeira”²⁷.

Pretende-se defender a última posição, no sentido de que essa alteração legal pode significar o começo de uma releitura da aplicação de sanções a partir de um modelo estanque de separação de instâncias, de modo a contemplar a tese defendida para criar uma zona de comunicação entre os setores de poder.

CONCLUSÃO

A pesquisa atual teve como finalidade analisar, sob a ótica de princípios constitucionais, as nuances do poder de punir do Estado brasileiro sufragadas pela acumulação de sanções oriundas de diferentes instâncias.

O contexto do estudo foi delineado a partir da análise do Caso Luca Menci, em que a Corte da União Europeia decidiu pela mitigação da rígida separação das instâncias na hipótese em que a sanção administrativa se comportasse como verdadeira pena. Na ocasião, o Tribunal optou pela defesa do princípio da lesividade perante o mero somatório de punições.

No cenário do Brasil, nota-se uma resistência na flexibilização da independência das instâncias. Conforme apreciado, decisões recentes das Cortes Superiores favorecem o entendimento pela manutenção do paradigma separatista. Dessa forma, observou-se não só a possibilidade de sobreposição de sanções, como também da sua aplicação em duplicidade.

Diante disso, ao questionar que tal divisão hermética ensejaria um *bis in idem*, faz-se necessário apontar que a abordagem do tema atual enfrentou o desafio de não aparentar uma

²⁶ BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019. *In verbis*: “§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

²⁷ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

busca à impunidade. Na verdade, pretendeu-se sustentar um caminho viável entre não deixar de reprimir ilícitos e não aplicar penas exacerbadas.

Isso porque a tese do cúmulo de punições acentua o poder repressivo do Estado, podendo simbolizar uma ofensa à proibição do excesso. Assim, a observância de limitações constitucionais para coibir essa realidade se mostrou imprescindível para o desfecho do trabalho.

A partir dessa perspectiva, a conclusão do estudo ampara-se em três premissas essenciais. Em primeiro lugar, torna-se inevitável reconhecer que o *bis in idem* é uma realidade chancelada por leis e decisões brasileiras.

Em seguida, infere-se que qualquer medida que ocasione o duplo sancionamento deve ser evitada, entendendo pela ponderação crítica das sanções através de um juízo de complementariedade. Dessa forma, reputa-se viável a aplicação das considerações feitas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na hipótese analisada.

Por fim, ressalte-se que a necessidade de adoção de limites constitucionais se revela fundamental para equilibrar as punições, sobretudo no âmbito do direito administrativo sancionador. Destacam-se, portanto, os princípios constitucionais penais, empregados em persecuções dessa natureza, os quais devem ser aplicados de maneira institucional.

Em síntese, procurou-se defender uma nova leitura do que se entende por autonomia das instâncias do poder punitivo do Estado, visando à adoção de uma interseção principiológica e reconhecendo que os poderes são independentes, mas também devem ser harmônicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21293-DF*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21293%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21293%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2jzgelb>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21029-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21029%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6xtl9x8>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 05*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 773-793, dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256/Rev_2014_27> Acesso em: 23 abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

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

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito Administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para Discussão nº 251). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td251>>. Acesso em: 02 out. 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. 2012. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silvia. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Acórdão n° C-524*, Pedido de Decisão Prejudicial Apresentado Pelo Tribunale di Bergamo. Processo penal contra Luca Menci.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, v. 278, n° 1, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79029>>. Acesso em: 25 abr. 2020.