

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.4.56629>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

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

CRIMINAL LAW AND SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW AS PARTS OF THE  
BRAZILIAN PUNITIVE MACROSSYSTEM AND REJECTION TO BIS IN IDEM

Jean Colbert Dias<sup>1</sup>Anderson Ferreira<sup>2</sup>Fernando Gustavo Knoerr<sup>3</sup>

### RESUMO

A presente pesquisa trata sobre o macrossistema punitivo brasileiro, abrangendo principalmente os sistemas sancionatórios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, recorrendo ao método dedutivo e partindo da premissa que essas esferas sancionatórias são peças menores deste complexo macrossistema. O estudo contempla uma análise dos pontos de contato existentes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, sob o aspecto de uma relativa dependência ou subordinação do segundo em relação ao primeiro. A aproximação destes microssistemas punitivos foi investigada sob determinadas condições de similitude destacadas em precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Supremo Tribunal Federal, para compreender o significado da independência mitigada entre eles. Após o escrutínio das premissas, identificou-se a seguinte situação problema: Qual o grau de vinculação da sentença absolutória criminal sobre o mesmo conjunto fático-probatório objeto de apuração na seara do Direito Administrativo Sancionador? Como hipótese de pesquisa, tendo como parâmetro o estado da arte sobre a temática, apurou-se que a doutrina e a jurisprudência dominantes defendem a independência desses sistemas punitivos, porém, verificou-se que existem outros aspectos valorativos do Direito Penal que podem refletir no campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador. Constatou-se que exsurge na doutrina e na jurisprudência uma nova linha hermenêutica que repele a punição em duplicidade (*ne bis in idem*) sob o argumento da independência mitigada daquelas esferas sancionadoras. A presente pesquisa desenvolveu-se neste norte com a finalidade de definir um modelo sancionatório lastreado na independência mitigada das esferas punitivas com ascendência hierárquica do Direito Penal.

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA - PR. Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNICESUMAR – Campus de Curitiba - PR. Professor de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Advogado Sênior do Escritório Dias & Ferreira Advogados Associados. [jean@diasferreiraadvogados.com.br](mailto:jean@diasferreiraadvogados.com.br). <https://orcid.org/0000-0001-7266-3442>.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Advogado Sênior do Escritório Dias & Ferreira Advogados Associados. [anderson@diasferreiraadvogados.com.br](mailto:anderson@diasferreiraadvogados.com.br). <https://orcid.org/0000-0002-0803-6361>.

<sup>3</sup> Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. [fernando@sellosknoerr.com.br](mailto:fernando@sellosknoerr.com.br). <https://orcid.org/0000-0002-5398-2234>.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Direito Administrativo Sancionador; Independência; Mitigada; Bis in idem.

## **ABSTRACT**

The present research deals with the Brazilian punitive macrosystem, covering mainly the sanctioning systems of Criminal Law and Sanctioning Administrative Law, using the deductive method and starting from the premise that these sanctioning spheres are minor parts of this complex macrosystem. The study contemplates an analysis of the points of contact between Criminal Law and Sanctioning Administrative Law, under the aspect of a relative dependence or subordination of the second in relation to the first. The approximation of these punitive microsystems was investigated under certain conditions of similarity highlighted in precedents of the European Court of Human Rights and the Federal Supreme Court, in order to understand the meaning of the mitigated independence between them. After scrutinizing the premises, the following problem situation was identified: What is the degree of binding of the criminal acquittal sentence on the same factual and evidentiary set object of investigation in the area of Sanctioning Administrative Law? As a research hypothesis, having as a parameter the state of the art on the subject, it was found that the dominant doctrine and jurisprudence defend the independence of these punitive systems, however, it was found that there are other evaluative aspects of Criminal Law that may reflect in the field of activity of Sanctioning Administrative Law. It was found that a new hermeneutic line emerges in doctrine and jurisprudence that repels punishment in duplicity (*ne bis in idem*) under the argument of mitigated independence of those sanctioning spheres. The present research was developed in this north with the purpose of defining a sanctioning model based on the mitigated independence of the punitive spheres with hierarchical ascendancy of Criminal Law.

**Keywords:** Criminal Law; Administrative Sanctioning Law; Independence; Mitigated; Bis in idem.

## **INTRODUÇÃO**

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

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

Recorrendo ao método dedutivo logrou-se obter uma hipótese de pesquisa, tendo como parâmetro o estado da arte sobre a temática, identificando-se que a doutrina e a jurisprudência

dominantes defendem a independência ampla das esferas controladoras, limitando-se à tese de vinculação obrigatória da sentença criminal absolutória aos demais campos sancionatórios às hipóteses dos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal.

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

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

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

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

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

Verifica-se na doutrina atual a construção de uma linha hermenêutica que repele a punição em duplicidade (*ne bis in idem*), sob o argumento insustentável da independência plena das esferas de controle externo da Administração Pública, na exata medida do campo de inserção do Direito Penal e do Direito Administrativa Sancionador.

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

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

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

De pronto é crucial ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que destaca em seu art. 8º, item 4, que: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (COSTA RICA, 1969).

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

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. (PIOVESAN, 2013, p. 213).

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

Invocando-se os referidos diplomas internacionais foi possível edificar uma proposta de conceito unitário em matéria punitiva, numa visão macrossistemática, abarcando as esferas

judiciais criminal e cível, além da senda administrativa dentro desse complexo sistema jurídico punitivo, que não permite que existam discrepâncias punitivas entre essas esferas, em especial quando preexiste sentença penal absolutória que preenche elementos pontuais sobre determinada conduta humana que está sujeita a outros campos de controle jurídico-punitivo.

Ana Carolina Oliveira defende a estruturação de um conceito unitário no campo punitivo, destacando os caminhos traçados pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador, apontando o posicionamento adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem - TEDH:

A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, o TEDH firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados, a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como matéria penal e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. O Tribunal estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal. (OLIVEIRA, 2012, p. 128).

Avançaram-se também os estudos acerca da compressão do significado do macrossistema punitivo, elencando o Direito Administrativo Sancionador como um autêntico subsistema penal ou elencando ambos como interdependentes, mas com uma óbvia ascendência do Direito Penal em detrimento da esfera administrativa sancionadora, diante da profundidade que é necessário atingir para o processamento e julgamento de uma conduta ilícita criminal, que por vezes acaba sendo também objeto de apuração na seara cível por força da Lei de Improbidade Administrativa.

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

Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão. (COSTA, 2013, p. 122).

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

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

Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia. (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário. (COSTA, 2013, p. 122).

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

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

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

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

Neste caso o TEDH decidiu que o ilícito administrativo concernente às violações às normas de trânsito equivaleriam a matéria de cunho criminal, pois são destinadas a um grupo

indeterminado de pessoas, por isso, diante de evidentes similitudes entres estes campos do direito, entendeu-se que a dupla punição viola o princípio geral do direito *ne bis in idem*.

Noutro julgamento do TEDH, denominado caso “*Engel e outros v. Países Baixos*” (FRANÇA, TEDH, 1976), proibiu-se a acumulação de medidas jurídico-repressivas de natureza penal e administrativa, criando os batizados critérios “*Engel*”, cuja dicção empresta-se de Aury Lopes Junior:

A propósito, a Corte de Estrasburgo, quanto à proibição de acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa, faz uso, reiteradamente, de parâmetros formulados, pela primeira vez, no caso *Engel e outros v. Países Baixos* (1976) – e, por isso, conhecidos por critérios “*Engel*”, segundo os quais, para interpretar os conceitos de “processo penal”, de “acusação em matéria penal” e de “pena”, deve-se observar: (i) a qualificação legal da infração, que, como reconhecido pelo TEDH, tem valor relativo, servindo apenas como ponto de partida para a análise; (ii) a natureza da infração, que deve ser compreendida com “carga punitiva” (*criminal charge*) nas hipóteses de violação de uma norma de caráter geral, revestida de aspectos dissuasivos e repressivos; e, por fim, (iii) a gravidade da sanção prevista. (LOPES JUNIOR, 2020).

Outras decisões do TEDH seguem a mesma toda, aplicando também os critérios “*Engel*” para casos recentes como “*Sergey Zolotukhin v. Russa de 2009*” (FRANÇA, TEDH, 2009).

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

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

Em recente Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por via da Reclamação nº. 41.557/SP de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foi reconhecida a independência mitigada das esferas sancionatórias quando comprovado que um mesmo substrato fático-probatório passou pelo crivo da esfera criminal culminado numa sentença absolutória, cujo resultado, caso atenda os requisitos previstos no art. 935 do Código Civil - além daquelas tradicionais inferências aos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal

- terá força de definitividade em face das demais esferas sancionatórias, principalmente em relação ao Direito Administrativo Sancionador:

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada. (BRASIL, 2021).

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

Na citação decisão formulou-se a ideia de que a independência entres ambas as esferas judiciais é considerada mitigada, claramente rechaçando o viés interpretativo da absoluta independência dentro desses campos sancionatórios.

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

O Ministro relator do Acórdão paradigmático, ainda em sede liminar, destacou a independência mitigada entre as instâncias controladoras afirmando que:

A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12 (“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:”), nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito



definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos. (BRASIL, 2020).

A decisão frisa que os círculos concêntricos de ilicitude não podem permitir que os mesmos fatos sejam valorados em sede de persecução penal e do Direito Administrativo Sancionador, culminando com a dupla punição ao agente, pois viola o primado do *ne bis in idem*.

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

Meritoriamente o Pretório Excelso deixou evidente no julgamento da Reclamação nº. 41.557/SP que o mesmo conjunto fático-probatório não pode servir para dar azo - mesmo com nova roupagem (releitura probatória), mas sem a existência de fatos novos – à propositura de ação de improbidade administrativa, sob pena do surgimento de sentenças judiciais ou pronunciamentos administrativos conflitantes, notadamente porque pertencem ao mesmo macrossistema punitivo estatal, não podendo ser consideradas peças independentes desse vasto sistema, com isso, determinou o trancamento da ação de improbidade administrativa instaurada em face do reclamante.

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

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

Ancorado na paradigmática decisão proferida nos autos de Reclamação nº. 41.557-SP, que possui nítida proteção ao princípio *ne bis in idem*, num claro sentido de proibir a dupla

persecução criminal e administrativa, arraigada no mesmo conjunto fático-probatório, cujo ponto de partida foi o arquivamento de ação penal pelo próprio Supremo Tribunal Federal por ausência de provas de autoria naquele caso concreto assinalado.

No sobredito Acórdão ficou evidenciada a proximidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, comprovando ser necessária a delimitação do poder punitivo estatal, lançando-se como premissa a extensão das garantias individuais tipicamente penais para os limites de atuação do Direito Administrativo Sancionador.

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

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

Destaca-se da decisão liminar de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que é necessário delimitar requisitos para identificar eventual similitude que impeça o *bis in idem*:

Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso em apreço, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado. Com base nesses fundamentos, verificando-se, como se demonstrou, a identidade entre sujeito, conjunto fático-probatório e sanções de natureza punitiva, reconhece-se o *fumus boni juris* necessário para deferir a liminar pleiteada pelo reclamante. (BRASIL, 2020).

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

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

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

Este estudo não sustenta a completa dependência do Direito Administrativo Sancionador ao conteúdo de uma decisão criminal, até porque está assentado na legislação certa independência destas esferas, cujo exemplo está estruturado no Código de Processo Penal em seu art. 66, que diz:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. (BRASIL, 1941).

Por outro lado, quando evidenciado no caso concreto que o juízo criminal promoveu a interpretação factual, rejeitando determinados pontos comuns existentes numa ação de improbidade administrativa, por exemplo, afastando o dano ao erário ou concretizando a inexistência do elemento subjetivo do tipo (dolo) da conduta humana narrada sob o mesmo contexto fático-probatório, não permite-se, por respeito ao princípio *ne bis in idem*, posterior pronunciamento judicial ou administrativo sobre esse fato correlato.

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

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

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

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

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

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

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

Em suma, dolo, culpa, má-fé, boa-fé, prejuízo ao erário e outros conceitos que possuem significados universais não podem ter conceitos e resultados divergentes, apesar do esforço retórico de alguns doutrinadores especializados que pregam uma inexistente cisão conceitual em seus respectivos campos (penal, cível e administrativo). Esses aspectos são indissociáveis, independentemente da esfera sancionatória que estejam sendo cotejados, por este motivo, não podem ser objeto de conceitos e decisões divergentes.

No Acórdão ora debatido frisa-se que a incidência do art. 935 do Código Civil e sua extensão, compreendendo que “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se

podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. (BRASIL, 2002).

A Segunda Turma do Pretório Excelso consignou-se que a independência das esferas judiciais (cível e criminal) e administrativa é mitigada, por isso, mereceria expurgo uma nova investida punitiva estatal pelo mesmo fato em face de quem teve em seu favor proferida sentença absolutória criminal definitiva:

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o *subsistema* do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito penal não pode ser revista no âmbito do *subsistema* do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo *subsistema* do direito penal – este é ponto da independência mitigada.

O artigo 935 do Código Civil coaduna-se perfeitamente com esta interpretação: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria. (BRASIL, 2021).

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

Nesse sentido, Helena Lobo da Costa sublinha que:

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

inexiste qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade. (COSTA, 2013, p. 236-237).

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

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

## CONCLUSÃO

Conforme acima proposto, vislumbra-se que o Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem uma clara preocupação de proteção das garantias individuais como limitadoras do *ius puniendi* do Estado.

Fica evidenciado que os parâmetros decisórios do TEDH e o arcabouço doutrinário manuseado neste trabalho demonstram que o direito administrativo sancionador não é completamente independente do Direito Penal, principalmente quando fatos analisados nas múltiplas esferas sancionatórias são similares, por isso, quando comprovada a identidade de partes, do conteúdo fático-probatório e que a apuração do fato encontra-se no mesmo macrossistema sancionatório, haverá que ser respeitado o princípio *ne bis in idem* como obstáculo ao *ius puniendi* estatal.

Vislumbra-se essencial que haja uma unidade no sistema punitivo do Estado, ainda, que se mantenham incólumes as mínimas garantias ao indivíduo, com destaque pela legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência, devido processo legal e *ne bis in idem*.

Não há como admitir que o direito administrativo sancionador ultrapasse e subjugue garantias constitucionais baseado numa propalada e insustentável independência absoluta do seu caráter sancionatório, como se estivesse isolado e tratando de temas alheios ao direito penal.

Nesse caminho que exsurge a problemática a ser enfrentada: Qual o grau de vinculação da sentença absolutória criminal sobre o mesmo fato objeto de apuração na seara do direito administrativo sancionador (improbidade administrativa)?

Em resposta à provocação, é possível afirmar, respeitando posições opostas sobre o tema, que havendo identidade de sujeitos, do conjunto fático-probatório e que esses elementos sejam objeto de apuração em esferas sancionatórias inseridas no mesmo macrossistema punitivo, que realmente haverá interdependência do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, com ascendência do primeiro em relação ao segundo em razão das limitações imposta pelo *ne bis in idem*, agregado a outros princípios e garantias individuais emoldurados na Carta Magna e em Tratados e Convenções Internacionais.

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

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

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 9 de set. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 19 out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 9 set. de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

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

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

BRASIL. **STF. Reclamação nº. 41.557-SP.** 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 15/12/2020, DJe 10/03/2021. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755279509>> Acesso em 20 de mar. 2021.

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

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador** – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 118-122-184. Disponível em <<https://repositorio.usp.br/item/002462095>>, Acesso em: 8 out. de 2020.

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

FRANÇA, Estrasburgo. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Estrasburgo.** Protocolo nº 7, assinado em 22/11/1984. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em 24 de nov. 2020.

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



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

FRANÇA, Estrasburgo. TEDH. Caso Sergey Zolotukhin v. Russia (2009). In: Guide on Article 4 of Protocol n.º. 7 to the European Convention on Human Rights. Right not to be tried or punished twice. Updated on 30 April 2020. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf)>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

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

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

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