

SIRLENE NUNES ARÊDES

**LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER LEGISLATIVO NA TIPIFICAÇÃO DE
INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE POLÍCIA E NA DETERMINAÇÃO DO
REGIME JURÍDICO DE SUAS SANÇÕES**

Belo Horizonte
2013

SIRLENE NUNES ARÊDES

**LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER LEGISLATIVO NA TIPIFICAÇÃO DE
INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE POLÍCIA E NA DETERMINAÇÃO DO
REGIME JURÍDICO DE SUAS SANÇÕES**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Público na **Linha de Pesquisa:** Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito; **Projeto de Pesquisa:** Tendências atuais da Administração Pública: participação, consensualidade e controle.

Professor orientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo.

Professora coorientadora: Profa. Dra. Daniela Freitas Marques

Belo Horizonte
2013

AGRADECIMENTOS

Esta tese não teria se concretizado sem o apoio de todas as pessoas com as quais convivi nos últimos quatro anos. Cada uma, a sua peculiar maneira, trouxe aportes imprescindíveis a esta realização. Por isso, dedico este espaço para lembrar, carinhosamente, de cada uma delas e, agradecer, expressamente,

ao Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo, pelas orientações, conversas e sugestões extremamente valiosas durante a elaboração de toda a pesquisa;

à Professora Doutora Daniela Freitas Marques, que coorientou-me e propiciou meu desenvolvimento científico;

aos membros da Banca de Qualificação, Professores Doutores Onofre Alves Batista Júnior e Sheila Jorge Selim de Sales, pelas contribuições que aperfeiçoaram esta tese;

a todos os mestres que fizeram parte da minha vida acadêmica, especialmente, à Professora Doutora Maria Coeli Simões Pires, ao Professor Doutor Luciano de Araújo Ferraz, à Professora Beatriz Vaz Leão e ao Professor Luís Augusto Sanzo Brödt;

aos meus pais, Silvério Carneiro de Arêdes e Almení Nunes Arêdes, pela compreensão e incentivo;

às minhas irmãs, Shirlei e Laudineia, por proporcionar não apenas momentos de descontração, mas também de serenidade;

aos meus amigos pelo companheirismo, especialmente, Caroline Scofield Amaral, Iêda Ângela Rodrigues, Josi Barreto Chaves, Rosana Machado, Zenaide Ferreira Assis, Zirlene Lemos, Patrícia Diniz, Talita Lembrança, Leyvida Juliana, Dirciana Cangussu, Cláudia Dorianana, Ingrith Abraão, Jovana Diniz, Tais Mendes, Taís Chácara, Vivian, Neide Lacerda, Gislene Silva Martins;

aos amigos professores por compartilharem a busca pelo conhecimento, especialmente, Isabelle Maksud, Andityas Soares, Vladimir Feijó, Juliana Livia Antunes da Rocha, Daniela Rezende, Vítor Xavier, Adriano Godinho, Ana Paula Chaim, Eduardo Carone, Fernanda Diniz, Maria Tereza Fonseca;

aos amigos e colegas da Pós-graduação em Direito da UFMG, Juliana Brina, Marilda Silveira, Yara Miranda, Gustavo Magalhães, Bruna Colombaroli, Cristina Andrade, Gustavo Terra, Vinícius Marins, bem como aos colegas que discutiram o tema durante os Seminários;

aos amigos e colegas da Procuradoria da Câmara Municipal de Belo Horizonte, Rubens Lopes da Cruz, Luiz Fernando Reis, Cláudio Meirelles, Roberto Pacciarelli, Frederico

Arrieiro, Marcos Amaral de Castro, Bruno Burgarelli, Guilherme Avelar, Mateus Moura, Bruno Valadão, Andréia, Bianca Brito, Jacqueline, Rogério, Gabriela e Julie; e aos amigos e companheiros que trabalham em outros setores, não apenas, mas, especialmente, Ademir, Cristiano Ricardo, Pedro Prurisco, Paulo Maurício, Adriane Rejane, Gilson Gonçalves, Consuelo Fróes, Cláudia, Cristiane;

aos amigos do eterno mpf clube: Tatiana, Érica, Gladston, Lúcio, Renata, Polyanna, Patrícia Machado, Patrícia Napoleão, Gisele e Isabela;

aos meus alunos por me proporcionarem a oportunidade de aprender;

à Geísa Carvalho;

às instituições a que estou vinculada: UFMG; Câmara Municipal de Belo Horizonte, Faculdade Milton Campos e FEAD-Minas.

E, especialmente, ao Federico Matos, Júlio Zini e Rosângela Vilaça, por, pacientemente, terem discutido e dado sugestões sobre o tema; à Zoé Mastrodicasa pela elaboração do resumé; à Taís Pereira pela revisão, à Cristiane Neves pelo abstract;

E, finalmente, ao Rodrigo, que, durante todos os dias, nestes quatro anos, nem por um só minuto, deixou de me apoiar, de me ajudar e de compreender-me, sendo capaz de transformar cada instante comigo em um momento único e inesquecível.

Todos los esfuerzos del Derecho penal moderno propugnando el máximo de libertad del individuo y el mínimo de intervención del Estado (...) resultan baldíos, si después el propio ordenamiento permite la existencia de áreas de coincidencia con otro poder estatal, que puede apreciar la misma conducta con técnicas menos rigurosas. (MUÑOZ QUIROGA)

RESUMO

Esta tese objetiva questionar a teoria da autonomia e independência entre as instâncias na forma aplicada no direito brasileiro. Demonstra-se aqui a aplicabilidade de princípios constitucionais referentes à punição estatal ao direito administrativo sancionador, e se defende a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro do princípio *ne bis in idem* na relação entre as instâncias punitivas. Este texto é o resultado de uma pesquisa teórica sobre as normas constitucionais que limitam o poder punitivo exercido pela Administração e o contraste delas com o tratamento doutrinário e jurisprudencial pertinentes ao tema. Utilizou-se de fontes diretas, primárias e secundárias; e, como marcos teóricos, a teoria da unidade do poder punitivo estatal e a teoria agnóstica da pena. A tese se insere na linha crítico-metodológica, orienta-se pela vertente jurídico-dogmática e incorpora conhecimentos de natureza interdisciplinar. Valeu-se ainda de investigações jurídico-interpretativas e jurídico-propositivas, do raciocínio hipotético-dedutivo, acrescido do procedimento de análises teóricas. Conclui-se que a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, nos termos determinados pela legislação infraconstitucional, e sustentados por parte da doutrina e pela jurisprudência brasileiras, não está em consonância com a proteção dos direitos fundamentais imposta pela CRFB/88. Conclui-se ainda que a punição estatal representa conceito amplo que abrange a esfera judicial penal, a judicial não penal, e a administrativa. Verificou-se que inexistem critérios materiais, formais ou quantitativo, constitucionalmente impostos, que garantam a autonomia entre as esferas penal e administrativa, e que a Administração, ao aplicar sanções administrativas, exerce a mesma atividade que o Poder Judiciário, na aplicação das sanções penais ou de outras sanções punitivas. Constatou-se que a CRFB/88 garante ao Poder Legislativo discricionariedade para determinar a esfera punitiva a ser empregada na repressão de grande parte dos ilícitos, mas que esse Poder Legislativo pode utilizar apenas uma esfera punitiva em relação a cada ilícito. Constatou-se também que a discricionariedade legislativa é parcialmente limitada pela CRFB/88. Conclui-se que o Poder Legislativo se encontra vinculado às garantias constitucionais impostas ao poder punitivo e inerentes ao Estado de Direito, de forma que, independentemente da esfera em que esse poder se manifesta, esses princípios devem ser respeitados. Os princípios inerentes ao Estado de Direito, que não podem ser afastados pelo Poder Legislativo, são a tipicidade, a cobertura legal para tipificação de condutas e a cominação legal de sanções, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência e o *ne bis in idem*. Defende-se que o *ne bis in idem* vincula o Poder Legislativo e o aplicador

da norma.

Palavras-chave: Poder punitivo. Princípios constitucionais. Discricionariedade legislativa. Poder de polícia. Ilícito penal. Ilícito Administrativo. Sanção punitiva. *Ne bis in idem*. Concurso aparente de normas.

ABSTRACT

The aim of the current work is to question the theory of autonomy and independency within Judicial levels in the applied law in Brazil. This study demonstrates the applicability of constitutional principles related to state punishment to Administrative Law Sanctioning. It also defends the applicability of the principle of *ne bis in idem* (double jeopardy) in the Brazilian legal system within the relationship between punitive levels. This study is a theoretical research on the constitutional norms that limit the punitive power exerted by the Public Administration and the contrast of these norms and the doctrinal and jurisprudential treatments which are relevant to the topic. We used primary and secondary direct sources. To achieve our results, we used as theoretical frameworks the theory of the unity of State's punitive power and the agnostic theory of punishment. With a critical-methodological attitude and from a juridical-dogmatic viewpoint, this study has incorporated interdisciplinary knowledge. Moreover, it has used interpretive legal research and propositional legal research, the hypothetical-deductive reasoning and the procedure of theoretical analysis. The research has concluded that the theory of autonomy and independence of the criminal and administrative law, as determined by constitutional legislation and supported by the Brazilian doctrine and jurisprudence, is not consistent with the protection of fundamental rights determined by CRFB/88 (Brazilian constitution of 1988). Furthermore, the state punishment represents a broad concept that covers the criminal law, non-criminal law and the administrative law while that there is no substantive, quantitative or formal criteria, constitutionally imposed, which guarantees the independence between criminal and administrative spheres of law. Besides, when the Public Administration, applies administrative sanctions, they carry out the same activity as the judiciary when the latter applies criminal sanctions or other punitive sanctions. It was found that the Legislative Power CRFB/88 ensures discretionary to determine the punitive approach to be used with most types of offence, but that the Legislative Power can use only one for each offence, given the applicability of *ne bis in idem* (double jeopardy) in the relationship between the approaches. It was also found that the discretionary of the Legislative Power is partially limited by CRFB/88. Likewise, the Legislative Power is bound by constitutional guarantees and imposed to the inherent punitive power of the rule of law, so that, regardless of the sphere in which this power manifests these principles must be respected. The inherent principles in the rule of law which cannot be changed by the Legislative Power are typicality, the legal coverage for typifying behavior and legal imposition of sanctions, subjective and personal responsibility,

the presumption of innocence and the *ne bis in idem* (double jeopardy). It is argued that the *ne bis in idem* (double jeopardy) binds the Legislative Power and who applies the norm.

Keywords: Punitive power. Constitutional principles. Legal discretionary power. Police power. Criminal offence. Administrative offence. Double jeopardy. Norm conflict.

RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail porte sur la remise en question la théorie de l'autonomie et de l'indépendance entre les instances telle qu'elle est aujourd'hui en application dans le Droit Brésilien. On y démontre l'application de principes constitutionnels référents à la punition de l'état dans le Droit Administratif de Sanction. Cette application est défendue au sein de l'ordre juridique brésilien et porte sur le principe *ne bis in idem* dans la relation entre les instances de punitions. Cette étude consiste en une recherche théorique portant sur les normes constitutionnelles qui limitent le pouvoir de punition exercé par l'Administration. Elle traite aussi le contraste de ces normes avec le traitement doctrinaire et jurisprudentiel relationné, alors utilisé comme sources directes, primaires et secondaires. Pour ce faire, nous nous sommes référés aux cadres théoriques de la théorie de l'unité du pouvoir de punition de l'état, ainsi qu'à la théorie agnostique de la peine. Ce travail s'insère dans la ligne critico-méthodologique, notamment dans le volet juridique-dogmatique. Il s'appuie alors sur les connaissances de la nature interdisciplinaire et utilise des enquêtes juridique-interprétatives et juridique-propositives du raisonnement hypothético-déductif, et cela, dans le respect de la procédure d'analyses théoriques. Cette recherche démontre que la théorie de l'autonomie et de l'indépendance entre les instances pénale et administrative, selon les termes déterminés par la législation infraconstitutionnelle qui sont appuyés par une certaine partie de la doctrine ainsi que par la jurisprudence brésilienne, n'est pas en accord avec la protection des droits fondamentaux déterminée par la CRFB/88. Notre conclusion soulève le fait que la punition de l'état représente un concept finalement très ample qui regroupe plusieurs domaines tels que la sphère judiciaire pénale, la sphère judiciaire non pénale et l'administration. Par ailleurs, il n'existe pas non plus de critères matériels, formels ou quantitatifs, imposés de manière constitutionnelle, qui pourraient garantir l'autonomie entre les sphères pénale et administrative. On y conclue finalement aussi que l'Administration, en appliquant des sanctions administratives, exerce la même activité que le Pouvoir Judiciaire dans l'application des sanctions pénales ou des autres formes de punitions. Il est constaté que la CRFB/88 garantit discrétion au Pouvoir Législatif dans le choix de la sphère de punition qui sera utilisée pour la répression d'une grande partie des actes illicites. Mais, il est vrai aussi que ce Pouvoir Législatif ne possède que l'option d'une sphère de punition adéquate à chaque acte illicite, suivant ainsi l'application du principe *ne bis in idem* dans la relation entre les sphères. Nous pouvons constater aussi que la discrétion législative est alors partiellement limitée par la CRFB/88. Notre conclusion s'achève sur la constatation que le Pouvoir Législatif est relié aux

garanties constitutionnelles imposées au pouvoir de punition et inhérent à l'État de Droit. Ces principes doivent alors être respectés, et cela, indépendamment de la sphère dans laquelle ce pouvoir se manifestera. Les principes inhérents à l'État de Droit qui ne peuvent être écartés par le Pouvoir Législatif représentent la typicité, la couverture légale pour la prévision de conduites punissables, la commination légale de sanctions, la responsabilité personnelle et subjective, la présomption d'innocence et le *bis in idem*. Le *ne bis in idem* s'affirme comme le lien entre le Pouvoir Législatif et l'applicateur de la norme.

Mots-clé : Pouvoir de punition. Principes constitutionnels. Discretion législative. Pouvoir policier. Acte illicite penal. Acte illicite administratif. Sanction punitive. *Ne bis in idem*. Concours apparent des normes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
arts.	artigos
CE/1978	Constituição Espanhola de 1978
CP	Código Penal
CRFB88/	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
LPSPV	Lei Espanhola 2/1998 (Lei que regula o poder sancionador das Administrações Públicas e da Comunidade Autônoma do País de Vasco)
CTN	Código Tributário Nacional
STC	Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol
STEDH	Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STS	Sentença do Tribunal Supremo Espanhol
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TSE	Tribunal Supremo da Espanha

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 O PODER PUNITIVO NO CONTEXTO ESTADO DE DIREITO	26
2.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER PUNITIVO	26
2.1.1 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PENAL	26
2.1.2 A punição administrativa.....	29
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NO ESTADO DE DIREITO ...	32
2.2.1 Aspectos evolucionais do sistema português	33
2.2.2 Aspectos evolucionais do sistema espanhol	39
2.2.3 Aspectos evolucionais do sistema brasileiro.....	41
2.2.3.1 Evolução Legislativa	41
2.2.3.2 A construção doutrinária	52
2.2.3.3 Mudanças doutrinárias após a CRFB/88	56
2.3 MANIFESTAÇÕES DO PODER PUNITIVO ESTATAL NO CONTEXTO ATUAL DO ESTADO BRASILEIRO	66
2.3.1 A Contingência do direito como limite ao poder punitivo	66
2.3.2. A pena como delimitação do poder punitivo.....	71
2.3.2.1 Identificação da pena.....	73
2.3.2.2 Pena e medidas reparatorias	77
2.3.2.3 Pena e medidas cautelares	80
2.3.2.4 As multas coercitivas como penas.....	84
2.3.3 Identificação do poder punitivo	86
3 O EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA	90
3.1 CRITÉRIOS FORMAIS DE DISTINÇÃO ENTRE INFRAÇÕES E SANÇÕES PENAS E ADMINISTRATIVAS.....	90
3.1.1 Requisitos para a imputação	92
3.1.2 Procedimentos.....	99
3.1.3 Sanções.....	105
3.2 CRITÉRIOS MATERIAIS DE IDENTIFICAÇÃO DA INSTÂNCIA PUNITIVA PENAL	109

3.2.1 Critério valorativo	110
3.2.2 Critério do bem jurídico	117
3.2.2.1 Origem e evolução do conceito	117
3.2.2.2 A vinculação da proteção de bens jurídicos ao Direito Penal	122
3.2.2.3 A concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni e a exigência de lesividade na esfera penal	125
3.2.3. Outros critérios materiais	132
3.2.4 Conceito analítico de crime.....	135
3.3 A GRAVIDADE DA INFRAÇÃO OU DA SANÇÃO COMO CRITÉRIO (QUANTITATIVO) DE IDENTIFICAÇÃO DAS INSTÂNCIAS.....	137
3.3.1 Crítica ao critério quantitativo.....	144
3.4 ESPERA CONSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	146
4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER LEGISLATIVO QUANTO AO USO CONCOMITANTE DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA GERAL	158
4.1 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	163
4.2 A APLICAÇÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NA ESPANHA	166
4.2.1 Da autonomia e independência à interdependência das instâncias penal e administrativa	167
4.2.2 Fundamentos da aplicação do <i>ne bis in idem</i> e da interdependência de instâncias	171
4.2.3 Efeitos da aplicação do <i>ne bis in idem</i>	174
4.2.3.1 Prevalência da esfera penal	174
4.2.3.2 Prevalência da vertente material do <i>ne bis in idem</i>	178
4.2.3.3 Aplicação do <i>ne bis in idem</i> na esfera administrativa	181
4.3 O <i>NE BIS IN IDEM</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	185
4.3.1 Contexto atual da ordem jurídica brasileira quanto à aplicação do <i>ne bis in idem</i>	185
4.3.1.1 A teoria da autonomia e independência de instâncias	185
4.3.1.2 Aspectos legislativos	189
4.3.1.3 A jurisprudência do STF	194

4.3.1.4 Críticas à teoria da autonomia e independência de instâncias.....	198
4.3.2 O <i>ne bis in idem</i> como direito fundamental.....	200
4.3.2.1 A teoria da unidade do poder punitivo	201
4.3.2.2 O <i>ne bis in idem</i> como direito fundamental reconhecido pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88	204
4.3.2.3 A garantia do <i>ne bis in idem</i> nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.....	211
4.3.3 O <i>ne bis in idem</i> como decorrência da repartição de competências na CRFB/88..	215
4.3.3.1 A repartição de competências na CRFB/88.....	218
4.3.3.2 A competência legislativa privativa da União em matéria penal e seus reflexos na legislação administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios	220
4.3.3.3 Competências legislativas privativa e concorrente: conflitos em matéria de Direito Administrativo Sancionador	226
4.3.3.4 A competência municipal e seus limites em matéria de Direito Administrativo Sancionador	230
5 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.....	238
5.1 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	238
5.1.1 Identidade de sujeito	240
5.1.2 Identidade de fatos	247
5.1.2.1 Unidade de ação e unidade de fato	252
5.1.2.2. Unidade de fato como pressuposto do <i>ne bis in idem</i>	258
5.1.3 Identidade de fundamento	259
5.1.3.1 A norma legal tipificadora como caracterizadora da identidade de fundamento	259
5.1.3.2 O bem jurídico protegido ou lesado como caracterizador da identidade de fundamento	261
5.1.3.3 Identidade de fundamento como identidade de relação jurídica substrato da sanção	266
5.1.3.3.1 Diferenciação entre relações gerais e relações especiais.....	271
5.1.3.3.2 Manifestação do poder punitivo nas relações gerais e especiais.....	275
5.2 CONCURSO APARENTE DE NORMAS PUNITIVAS	277
5.2.1 Concurso aparente de normas e concurso de infrações	283
5.2.2 Critérios para a solução do concurso aparente de normas.....	285
5.2.2.1 Especialidade	286

5.2.2.2 Consunção	289
5.2.2.3 Subsidiariedade.....	293
5.2.2.4 Alternatividade	299
5.2.3 Concurso aparente entre normas penais e administrativas	303
5.2.4 Concurso aparente entre normas administrativas	314
6 CONCLUSÕES.....	319
REFERÊNCIAS	336

1 INTRODUÇÃO

Este texto questiona a teoria da autonomia e independência entre as instâncias na forma aplicada no direito brasileiro; demonstra a aplicabilidade de determinados princípios constitucionais, referente à punição estatal, ao direito administrativo sancionador e o relaciona com o direito penal, a fim de demonstrar a aplicabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio *ne bis in idem* na relação entre as instâncias punitivas.

Conforme se verificou, inicialmente, não se reconheceu à Administração o exercício do poder punitivo, pois a repressão estatal, exercida pela Administração, foi inserida no conceito de poder de polícia e não se reconheceu essa atividade como manifestação do poder punitivo. Devido à finalidade eminentemente preventiva, reconhecida a essa atividade, foram-lhe atribuídas características que tornaram seu exercício incompatível com o modelo de Estado instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988 (CRFB/88) e com as limitações impostas à Administração por essa Constituição.

A doutrina majoritária, anterior à promulgação da CRFB/88, defendeu que são intrínsecas ao poder de polícia as características de autoexecutoriedade, discricionariedade, atipicidade, ausência de elemento subjetivo para imposição de sanções e o caráter negativo. Todas as funções necessárias ao exercício da atividade de polícia (normatização, fiscalização, aplicação e execução de sanções) foram consideradas intrínsecas à função administrativa, tendo em vista que as Constituições anteriores garantiram à Administração o poder normativo. A identidade material dessa atividade fundamentou-se em sua caracterização como função administrativa.

Esses contornos foram alterados com a promulgação da CRFB/88. A principal modificação deveu-se à expressa previsão, em seu art. 5º, LIV e LV, das garantias de contraditório, ampla defesa e devido processo legal na aplicação da sanção administrativa. Contudo, parte da doutrina atual defende que outros princípios constitucionais, destinados ao exercício do poder punitivo e decorrentes da segurança jurídica, são exigíveis na esfera administrativa punitiva. Essa doutrina sustenta a necessidade de tipicidade das infrações e sanções administrativas; a responsabilidade pessoal e subjetiva para imposição de sanções; bem como a necessidade de lei para tipificação da infração administrativa.

Mesmo com essa evolução, a teoria da autonomia e independência das instâncias não é objeto de amplo debate. Há autores pioneiros, como Fábio Medina Osório, que defendem a revisão dos tradicionais limites de interrelação entre as instâncias, porém, a maior parte da doutrina, ao tratar do exercício do poder punitivo na esfera administrativa, defende a

teoria da autonomia das instâncias na forma atual.

Segundo essa teoria, as manifestações do poder punitivo estatal, nas diversas instâncias competentes, são autônomas e independentes, devido à competência atribuída por lei a diversas autoridades para investigação e punição de condutas ilícitas. Essa teoria garante autonomia às decisões tomadas em esferas apartadas, de forma que, fora dos casos expressamente previstos em lei, a decisão tomada em uma instância não repercute nas demais. Admite-se, com base nessa teoria, a possibilidade de múltiplas punições da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos.

Verificou-se que existem autores nacionais e estrangeiros que procuram atribuir conteúdo próprio ao direito penal a fim de distanciar sua esfera de atuação da atribuída às infrações administrativas gerais.

O entendimento majoritário, na doutrina nacional, é que os critérios formais, legalmente estabelecidos, são hábeis a caracterizar esferas autônomas e independentes.

Prevalece o critério segundo o qual os ilícitos são diversos devido à sanção que lhes é imposta, e a sanção administrativa é aquela imposta por autoridade no exercício da função administrativa. A atribuição à autoridade administrativa de competência para a imposição da sanção garante regime jurídico diferenciado em relação às sanções penais, por entender-se que, enquanto a imposição de sanções penais é exercício da função jurisdicional, as sanções administrativas são impostas no exercício da função administrativa.

O regime jurídico administrativo, aplicável às sanções administrativas, segundo parte da doutrina, importa a dispensabilidade de determinados requisitos de imputação dirigidos exclusivamente à esfera penal.

O questionamento a essa teoria decorre do entendimento de que apenas a existência de diferença material ou de limite constitucionalmente imposto entre infrações penais e administrativas poderiam garantir a autonomia na forma aplicada na ordem jurídica brasileira. Defende-se que a diferenciação formal, imposta pela legislação infraconstitucional, não é suficiente para a garantia de autonomia entre as instâncias, tendo em vista que não se vislumbra finalidade para as sanções administrativas gerais diversa das sanções penais.

Constatou-se que a CRFB/88 garante ao Poder Legislativo discricionariedade para determinar a esfera punitiva a ser utilizada na repressão de grande parte dos ilícitos. A posição defendida nesta pesquisa é que a discricionariedade legislativa pode ser utilizada para a escolha da esfera judicial penal, judicial não penal **ou** administrativa, mas não de duas dessas instâncias para a repressão ao mesmo ilícito.

A pesquisa ainda defende que a punição estatal representa conceito amplo que abrange todas as esferas punitivas. A ausência de diferenciação material ou constitucionalmente determinada, quanto ao ilícito, leva ao reconhecimento de que a Administração, ao aplicar sanções administrativas, exerce a mesma atividade que o Poder Judiciário, na aplicação das sanções penais ou outras sanções punitivas. Isso porque, adotando a teoria de Miguel Seabra Fagundes como marco teórico, sustenta-se que a diferença entre as funções administrativa e jurisdicional é procedimental e não de conteúdo.

Esta pesquisa analisa os critérios formais e destaca a incompatibilidade de alguns deles com a CRFB/88. São eles: a dispensabilidade do elemento subjetivo para a configuração da infração administrativa, a dispensabilidade da lei formal para a tipificação de condutas e cominação de penas e a punição exclusiva de pessoas naturais na esfera penal. Ainda demonstra-se que outros critérios formais não são suficientes para dispensar a aplicação dos princípios constitucionais que limitam o exercício do poder punitivo.

Analisaram-se também os critérios materiais e demonstrou-se a insubsistência desses critérios para identificação absoluta da esfera de atuação da instância penal em relação à administrativa. A indistinção material entre as instâncias também fundamenta o *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira.

Procurou-se, portanto, compreender a abrangência do poder punitivo estatal e determinar a possibilidade de existência de regimes jurídicos diferenciados para a tipificação de infrações e imposição de sanções administrativas em relação à esfera penal, bem como se a existência desse eventual critério afasta a aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa geral.

Valeu-se da teoria de Eugenio Raúl Zaffaroni como marco teórico, tendo em vista que esse autor procura identificar o poder punitivo estatal em sentido amplo. A desvinculação, promovida por ele, entre o âmbito de incidência do direito penal e o poder punitivo estatal possibilitou conceituar o poder punitivo e identificar de suas principais características e formas de manifestação.

Identificou-se que, na esfera administrativa, o poder punitivo estatal não se manifesta de forma idêntica, pois seu exercício pode ter como substrato as relações gerais ou relações especiais.

As relações gerais existem entre o Estado e todas as pessoas que se submetem à ordem jurídica; são relações anônimas que decorrem do dever estatal de estipular a esfera do juridicamente permitido. Nessa esfera, o poder punitivo, exercido pela Administração, foi

inserido na atividade de polícia, e, de seu exercício, decorre a imposição de sanções administrativas de polícia, também denominadas sanções administrativas gerais. Apenas essas sanções administrativas foram contrapostas à esfera penal, tendo em vista que também o poder punitivo exercido na via penal tem por substrato as relações gerais.

Conforme será exposto, especialmente, no capítulo cinco, as relações especiais são estabelecidas entre a Administração e pessoas determinadas. Tais relações demandam um ato jurídico (contrato, sentença ou ato administrativo) para desencadear os seus efeitos e criam direitos e obrigações apenas para pessoas que mantêm esses vínculos com a Administração. Nessa esfera, o poder punitivo se manifesta pelo poder disciplinar e as sanções impostas devem ter, por fundamento, as obrigações estipuladas na relação. A diversidade da relação jurídica substrato da sanção foi considerada fundamento jurídico suficiente para afastar a aplicação do princípio *ne bis in idem* na imposição de sanções disciplinares e penais pelos mesmos fatos.

A hipótese da pesquisa foi apenas parcialmente confirmada, pois se conclui que o Poder Legislativo não tem ampla liberdade na tipificação de determinada conduta como ilícito administrativo ou penal.

A discricionariedade legislativa é limitada pela necessária ofensividade da conduta que deve ostentar a infração penal, conforme previsto no art. 98, I, da CRFB/88; e pela previsão constitucional de retroatividade da norma penal mais benéfica e pelo art. 62, I, *a*, da CRFB/88, que impossibilitam o uso da esfera penal para tipificação de ilícitos excepcionais e temporários. O Poder Legislativo também se submete a determinações constitucionais que impõem o uso da esfera penal em relação a certas condutas.

Ressalvadas essas hipóteses, em relação às demais condutas, a CRFB/88 atribui discricionariedade ao Poder Legislativo para utilização da esfera penal, judicial não penal ou administrativa.

Ainda em relação à hipótese, concluiu-se, com base na teoria da unidade do poder punitivo estatal, que o Poder Legislativo se vincula às garantias constitucionais impostas ao poder punitivo e inerentes ao Estado de Direito, de forma que, independentemente da esfera em que esse poder se manifesta, esses princípios devem ser respeitados. Esses princípios são a tipicidade, a cobertura legal para tipificação de condutas e para a cominação de sanções, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência, a individualização da pena, o devido processo legal, e o *ne bis in idem*.

Esta pesquisa também conclui que a CRFB/88 impõe limites formais ao Poder

Legislativo. A pena privativa de liberdade é vedada na esfera administrativa geral. Contudo a aplicação dessa pena não justifica o regime jurídico diferenciado do direito penal, tendo em vista a previsão constitucional de sua aplicação na esfera administrativa disciplinar (em relação às infrações militares) e na esfera judicial não penal (no caso de inadimplemento de obrigação alimentar). Ademais, as garantias do direito penal não são exigíveis apenas na aplicação da pena privativa de liberdade.

A CRFB/88 também limita o Poder Legislativo ao impedir que a dissolução de associações e a suspensão de suas atividades sejam impostas na via administrativa. E em razão da adesão da República Federativa do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, não é possível a aplicação, fora da esfera penal, da sanção de suspensão de direitos políticos – embora esse tema ainda mereça aprofundamento doutrinário.

Propõe-se que a imposição da pena privativa de liberdade, a quebra de sigilo das telecomunicações e a possibilidade de adentrar no domicílio em casos de flagrante de crime somente sejam impostos e utilizados na esfera penal garantística, devido à incompatibilidade desses instrumentos com o processo para aplicação das sanções pelo cometimento de crimes de menor potencial ofensivo.

Como orientação para a pesquisa, utilizou-se a **teoria da unidade do poder punitivo estatal**, que defende que o poder estatal de aplicar penalidades aos que se submetem a sua ordem jurídica é único e uno, motivo pelo qual a repressão estatal se encontra submetida e limitada por um conjunto de princípios constitucionais independentemente da forma que manifesta.

Segundo essa teoria, inexistente diferenças materiais entre as esferas penal e administrativa, ambas caracterizam formas diversas de manifestação do mesmo poder estatal. Assim, o Poder Legislativo pode estabelecer distinções formais entre as infrações e sanções penais e administrativas, desde que observados esses princípios constitucionais que o vinculam.

Com fundamento nessa a teoria, sustenta-se a impossibilidade de o Poder do Legislativo tipificar a mesma conduta na esfera penal e na administrativa, sob pena de violação ao *ne bis in idem*.

A pesquisa analisa os limites impostos pela CRFB/88 ao poder punitivo estatal, na tipificação de infrações administrativas e na imposição de suas sanções, em comparação com o sistema penal, com o objetivo de propor mecanismos de controle ao exercício do poder punitivo exercido pela Administração Pública, especialmente, a aplicação do *ne bis in idem* na

relação entre as esferas, motivo pelo qual se insere na **linha crítico-metodológica**.

Segundo Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2006, p. 21), essa linha “supõe uma teoria crítica da realidade”. Este texto demonstra que a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, nos termos determinados pela legislação infraconstitucional e sustentados por parte da doutrina e pela jurisprudência brasileiras, não está em consonância com a proteção dos direitos fundamentais determinada pela CRFB/88.

Demonstra-se ainda que a aplicação do *ne bis in idem*, na relação entre as instâncias, é imposição constitucional, que suplanta a teoria da autonomia e independência, na forma admitida na ordem jurídica brasileira, e que a submissão do direito administrativo sancionador a determinados princípios constitucionais é medida imposta pela CRFB/88.

Orienta-se essa pesquisa pela **vertente jurídico-dogmática**. Conforme lecionam Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2006, p. 21), essa vertente se caracteriza pelas “investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito” e pela “avaliação de estruturas interiores ao ordenamento jurídico”. Este estudo serviu-se de fontes formais do Direito, com o objetivo de compreender as relações entre normas constitucionais, administrativas e penais, a fim de avaliar a adequação das doutrinas vigentes com a ordem constitucional.

A compreensão das relações normativas dos vários campos do Direito e a análise conceitual e doutrinária iniciou-se com a análise das normas constitucionais que regem o poder punitivo estatal e o confronto dessas normas com os critérios doutrinários que diferenciam as infrações penais e administrativas. Em seguida, buscou-se compreender os efeitos dos dispositivos estudados no exercício da função legislativa ao tipificar a infração administrativa e ao determinar o regime jurídico de sua sanção.

Para a elaboração deste texto, dispôs-se de **investigações jurídico-interpretativas**, a fim de decompor o problema jurídico objeto de pesquisa em seus diversos aspectos, relações e níveis (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 29), e **jurídico-propositivas**, pois o questionamento aos limites constitucionais, impostos ao poder punitivo visa à proposição de mecanismos de controle da atuação punitiva da Administração.

Na efetivação dessas investigações, utilizou-se o **raciocínio hipotético-dedutivo**, acrescido do **procedimento de análises teóricas**. O Direito foi tomado como ciência e seus institutos foram abordados sob o panorama da legislação, da jurisprudência e da doutrina.

A pesquisa teórica apropriou-se de estudos doutrinários sobre o tema e analisou

normas constitucionais que limitam o poder punitivo estatal. Houve o confronto das soluções encontradas pela doutrina nacional e estrangeira com as normas constitucionais brasileiras. Esse resultado foi novamente confrontado com as decisões judiciais e normas infraconstitucionais brasileiras. Em relação ao direito estrangeiro, optou-se pelo estudo dos sistemas espanhol e português.

O texto incorporou conhecimentos de **natureza interdisciplinar**, pois testou estruturas do Direito e a aplicabilidade de determinados princípios a mais de um ramo da Ciência Jurídica, ao confrontar o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Assim, foram necessários conhecimentos referentes ao Direito Constitucional, Administrativo e Penal.

Empregaram-se apenas **fontes diretas**, primárias (legislação e jurisprudência) e secundárias (doutrina). Quanto à legislação administrativa, enfatizou-se a legislação federal, devido à aplicabilidade dessas normas a todo território nacional. Em relação à jurisprudência, enfocaram-se as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) devido à função constitucionalmente atribuída a esse Tribunal de “guarda da Constituição”.

Como é escassa a doutrina brasileira sobre o tema da diferenciação material entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, utilizaram-se propostas elaboradas pela doutrina estrangeira, e analisou-se a possibilidade de aplicação delas ao ordenamento jurídico brasileiro. Confrontaram-se os critérios propostos com as normas constitucionais que limitam o poder punitivo estatal e, com base nesses resultados, analisaram-se os limites constitucionais ao Poder Legislativo quanto à tipificação da conduta como infração administrativa simultaneamente com tipificação penal.

Esta tese foi dividida em seis partes. O primeiro capítulo consiste na introdução teórico-metodológica. Nele são explicitados os objetivos da pesquisa, apresentada a metodologia, justificadas determinadas escolhas por parte da pesquisadora e indicada a estruturação do resultado da pesquisa.

O segundo capítulo delimita o objeto de estudo, com a apresentação dos conceitos empregados, e demonstra a evolução histórica do exercício do poder punitivo no Estado de Direito. O objetivo deste capítulo é identificar o poder punitivo no direito brasileiro e demonstrar a submissão de todo esse poder a princípios constitucionais inerentes ao Estado de Direito.

O capítulo se inicia com a explicitação das características do sistema punitivo – tendo por marco teórico Eugenio Raúl Zaffaroni – e a demonstração de que essas

características também se encontram presentes na esfera punitiva administrativa. Na sequência, analisa-se a evolução do exercício do poder punitivo nos sistemas português, espanhol e brasileiro.

A análise do sistema português deveu-se à aplicação das normas portuguesas na ordem jurídica brasileira mesmo após a Proclamação da Independência. Contudo demonstrou-se que, especialmente, a partir do final da década de 1970, com a regulação, em Portugal, das contraordenações, houve substancial distanciamento desse sistema em relação ao brasileiro. Consoante demonstrado, a regulamentação infraconstitucional das infrações administrativas, em Portugal, determina a aplicabilidade à esfera administrativa de princípios anteriormente restritos à esfera penal, tais como a responsabilidade pessoal e subjetiva, a aplicação das teorias sobre erro de tipo e erro de proibição e, ainda, a consideração, na esfera administrativa, de sanções aplicadas na esfera penal.

O sistema espanhol foi analisado devido à inexistência, também neste País, da imposição constitucional do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa. A Constituição vigente na Espanha apenas garante a anterioridade das infrações administrativas. Contudo, a jurisprudência exige para a aplicação das sanções administrativas observância dos princípios de tipicidade, legalidade formal, responsabilidade subjetiva e determinou a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa. A análise da situação espanhola é apenas superficial neste capítulo, devido ao maior desenvolvimento do tema no capítulo quatro.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a análise histórica procurou demonstrar que a CRFB/88 rompeu com o sistema anterior, ao submeter a Administração à legalidade, ao garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, na instância administrativa, e ao restringir os poderes normativos da Administração. Contudo, conforme se demonstrou, a longa tradição de punição na esfera penal e administrativa pelos mesmos fatos foi objeto de escassas análises pela doutrina brasileira.

Por fim, este capítulo delimita o âmbito de manifestação do poder punitivo estatal. Considerando o conteúdo da atividade exercida, a repressão estatal foi identificada pela cominação da pena em abstrato e não pela autoridade competente para a sua imposição.

Definiu-se a pena pela restrição de direitos, com fundamento na prática de ato ilícito, que não tenha finalidade reparatória ou cautelar. Esse conceito foi utilizado para explicitar as principais formas e vias em que se manifesta o poder punitivo estatal no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nesses pressupostos e, tendo já considerado que o poder punitivo não se manifesta de uma só forma, o capítulo três objetivou a análise dos critérios formais, materiais e quantitativo, desenvolvidos com a finalidade de distinguir a esfera penal da administrativa; bem como o confronto desses critérios com a CRFB/88. O principal objetivo deste capítulo foi analisar a existência de um critério que possa garantir a autonomia entre as instâncias penal e administrativa.

Este capítulo demonstra que inexistente critério que permita apartar, de forma absoluta e apriorística, os ilícitos puníveis na instância administrativa em relação aos puníveis na instância penal.

Tendo em vista as conclusões do terceiro capítulo, o capítulo quatro analisou a aplicabilidade na ordem jurídica brasileira do *ne bis in idem* na esfera administrativa e na relação entre as instâncias. Este capítulo se inicia com a delimitação do conteúdo desse princípio e a análise do sistema espanhol, que garante a aplicação desse princípio na relação entre as esferas penal e administrativa. São expostos os principais efeitos da aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola.

O objetivo deste estudo foi contrapor as soluções existentes na ordem jurídica espanhola com a CRFB/88. Inicia-se a análise do sistema brasileiro com a exposição da situação atual sobre a aplicabilidade na ordem jurídica do *ne bis in idem*, sob o prisma da doutrina, da legislação e da jurisprudência do STF.

Em seguida este capítulo demonstra que o *ne bis in idem* é princípio fundamental inserido no ordenamento constitucional brasileiro com base no art. 5º, §2º, da CRFB/88, tendo em vista sua imprescindibilidade para efetivação de direitos expressos no texto constitucional e a ratificação, pela República Federativa do Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Com base nessa conclusão, critica-se a aplicação da teoria da autonomia e independência das instâncias e defende-se que esse princípio vincula o Poder Legislativo e o aplicador da norma.

Por fim, demonstra-se que esse princípio – embora não derive da repartição de competências estabelecida pela CRFB/88 – pode ser efetivado com base nessa distribuição. Neste tópico, utilizou-se a teoria de Fernanda Dias Menezes de Almeida como marco teórico. Argumenta-se que, como o direito penal não tem conteúdo predeterminado, uma vez que seu reconhecimento deriva da imposição da sanção penal, a tipificação de um ilícito como infração penal impede que outros entes federados tipifiquem a mesma conduta, com idênticos pressupostos, como infração administrativa.

Também se analisa a efetivação do *ne bis in idem* na esfera administrativa em razão da repartição de competências entre os entes federados. Entende-se que as competências concorrentes e comuns não habilitam todos os entes a tipificarem determinada conduta como infração administrativa.

Rejeita-se a teoria de que a autonomia dos entes federados impede a aplicação de legislação de outros entes em relação a infrações administrativas, tendo em vista que a CRFB/88 não vincula a competência material à competência legislativa. Nesse sentido, a competência para exercício das atividades de fiscalização, aplicação e execução de sanções (competência material) não garante ou deriva da competência para expedir normas que tipificam condutas como ilícitos administrativos (competência legislativa).

Reconhece-se, contudo, que esses mecanismos não impedem que, na aplicação do direito, surjam concursos entre normas penais e administrativas ou entre normas administrativas. Essa constatação levou a que, no quinto capítulo, fosse analisada a interdependência entre as instâncias e o concurso aparente de normas.

O capítulo cinco se inicia com a análise dos requisitos para a aplicação do *ne bis in idem*: identidade de sujeito, fatos e fundamentos. Nos termos propostos, há identidade de fatos, se possível a aplicação de um dos critérios que solucionam o concurso aparente de normas (especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade) e identidade de fundamento se a relação (geral ou especial) que dá substrato à imposição da sanção é a mesma.

Este capítulo se finaliza com a análise do concurso aparente entre normas penais e administrativas e entre normas administrativas. Em caso de concurso entre normas penais e administrativas, defende-se a aplicabilidade da esfera penal e, no caso do concurso entre normas administrativas, além dos critérios que solucionam o concurso aparente de normas, também deve ser utilizado o critério cronológico, para identificar a sanção aplicável.

Por fim, o capítulo seis destina-se às conclusões. Neste capítulo são sistematizados os principais pontos defendidos nesta tese.

2 O PODER PUNITIVO NO CONTEXTO ESTADO DE DIREITO

O presente trabalho é o resultado de uma pesquisa teórica sobre o exercício do poder punitivo pela Administração e demonstra a aplicação, ao direito administrativo sancionador, de garantias típicas do Estado de Direito.

Como a doutrina brasileira sustenta autonomia e independência da esfera administrativa em relação à penal, defende, portanto, que determinadas garantias constitucionais, referentes ao exercício do poder punitivo, se limitam a essa esfera.

Pretende-se demonstrar, neste capítulo, que o exercício do poder punitivo pela Administração comporta características semelhantes às atribuídas à repressão penal. Objetiva-se ainda caracterizar a repressão estatal – o âmbito do poder punitivo – com base no conceito ôntico de pena; desvincular esse conceito da discricionariedade legislativa; e estabelecer a distinção entre o exercício do poder punitivo e outras formas de coerção estatal.

2.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER PUNITIVO

Como este trabalho sustenta que a repressão estatal é um conceito amplo, que abrange a esfera penal e a administrativa, inicia-se com a demonstração de que as características tradicionalmente atribuídas ao sistema penal também se encontram presentes no sistema administrativo e com a caracterização desse sistema.

2.1.1 Características do sistema penal

A doutrina nacional e a estrangeira referem-se ao poder punitivo estatal com a expressão *jus puniendi*. Tal expressão, conforme leciona Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 34), advém da distinção entre direito penal, em sentido objetivo, ou *ius poenale*, e direito penal, em sentido subjetivo, ou *ius puniendi*. O primeiro se refere ao “conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os *crimes*, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do Direito, nomeadamente as penas e as medidas de segurança criminais”. O segundo, caracterizado como direito subjetivo estatal, é conceituado como “poder punitivo do Estado, resultante da sua soberana legitimação e competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e a eles ligar sanções específicas”.

Utiliza-se a expressão **poder punitivo** por entender que essa prerrogativa estatal

caracteriza verdadeira *potentia puniendi* e não direito subjetivo estatal, como observado por Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2011, p. 97 et seq.)¹. Os autores ainda ressaltam que as punições penais são caracterizadas pela expansividade, irracionalidade, arbitrariedade e seletividade (ZAFFARONI et al., 2002, p. 12), e defendem essas características são intrínsecas ao sistema penal e presentes em todas suas formas de manifestação, de maneira mais ou menos intensa (ZAFFARONI, 2001, p. 15).

A expansividade é a tendência à permanente ampliação das condutas puníveis. Tende-se a resolver os mais diversos problemas sociais e econômicos pelo uso do sistema penal com a inserção, sob o âmbito da vigilância, mesmo de condutas particulares que não geram conflitos entre os envolvidos. No Brasil, essa tendência é constatada pelo contraste entre as condutas criminalizadas e descriminalizadas nas últimas décadas.

O uso do sistema penal para punir condutas que não geram conflitos entre os envolvidos e como meio de resposta a problemas sociais das mais diversas naturezas caracterizam sua irracionalidade. Usa-se esse sistema mesmo se sabendo de sua incapacidade para a solução de diversos conflitos sociais.²

Ao mesmo tempo, o sistema punitivo não pune todas as condutas ilícitas, às quais o Poder Legislativo cominou penas (ZAFFARONI, 2001, p. 26). Apenas alguns indivíduos, entre vários que cometeram fatos típicos, são arbitrariamente selecionados e levados à agência judicial para serem punidos, o que caracteriza o sistema penal como seletivo e arbitrário.³

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 27), o “sistema penal está

¹ “O fracasso do pretenso limite material ao *jus puniendi* tem como comprovação os ingentes esforços realizados no campo do direito processual, constitucional e internacional para rodeá-lo de limitações externas e formais, o que em nada se assemelha à regulamentação de um direito subjetivo, mas sim constitui um arsenal normativo destinado à contenção de um poder: longe de regular um suposto *jus puniendi*, trata de conter uma *potentia puniendi*. Isso evidencia a impossibilidade de limitação material, mas a impotência não gera direitos subjetivos nem a debilidade legitima o poder.” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 97 et seq.).

² Sobre o tema, as conclusões de Loïc Wacquant (2007, p. 355 et seq.), quanto ao uso do sistema penal como meio de monitorar os condenados por crimes sexuais nos Estados Unidos da América. O autor analisa os efeitos de medidas penais adotadas pelos diversos Estados da Federação Estadunidense sobre a população e sobre os condenados e conclui pela ineficácia de tais medidas como mecanismo de prevenção.

³ “Enquanto o recuo dos programas de bem-estar social foi efetuado por meio de retração extensiva, e impactou todos os beneficiários e aqueles em potencial indiscriminadamente, sem atentar para suas necessidades, opções e posição, o rigor penal foi distribuído de forma muito seletiva no espaço social. A seletividade foi alcançada primeiramente pela priorização de certas zonas geográficas, garantindo que as categorias que constituem seus moradores seriam os ‘beneficiários’ principais, senão exclusivos, do zelo policial e da generosidade penal recentes do Estado. Ela foi posteriormente ampliada pela multiplicação de novas táticas legais de coação e de medidas especiais concebidas e desenvolvidas especificamente para os distritos decadentes das classes pobres, tais como o policiamento para manutenção da ordem [...], as normas que coíbem a ação de gangues, batidas policiais intensivas em conjuntos habitacionais ou escolas públicas, e os toques de recolher para jovens.” (WACQUANT, 2007, p. 123).

estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva”. Essa arbitrariedade seletiva manifesta-se na medida em que os “órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador”. Assim, os órgãos que exercem a fiscalização sobre a população “têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem” (ZAFFARONI, 2001, p. 27).⁴

As agências executivas do sistema penal são as instituições que objetivam exercer a fiscalização sobre a conduta das pessoas (ZAFFARONI, 2001, p. 137). Embora as instituições policiais tenham função de destaque no sistema penal, existem agências executivas “não militarizadas, como bancos centrais, diretorias alfandegárias, administrações de fronteiras, de migrações, etc. que, no entanto, sempre exercem suas funções ao amparo da força militarizada das outras agências executivas” (ZAFFARONI, 2001, p. 138).

A principal manifestação do poder punitivo não é a aplicação de penas, mas o exercício do “controle configurador positivo da vida social” pelas agências executivas (ZAFFARONI et al., 2002, p. 13). Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 24):

Seria completamente ingênuo acreditar que o verdadeiro poder do sistema penal seja exercido, por exemplo, quando suas agências detêm, processam e condenam um homicídio. Esse poder, que se exerce muito eventualmente, de maneira altamente seletiva e rodeada de ampla publicidade através dos meios de comunicação social de massa, é ínfimo se comparado com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população.

Nesse contexto, a sanção penal possui caráter eminentemente simbólico.⁵

⁴ “Os autores de infrações ‘de colarinho branco’ são, a princípio, muito menos suscetíveis de serem detectados, perseguidos e condenados que os delinquentes de rua. Depois, quando são condenados, as sanções a eles impostas excluem, na maior parte dos casos, a privação de liberdade. Enfim, quando, excepcionalmente, são presos, as penas que têm de pagar são bem mais reduzidas. Por exemplo, no começo da década de 1980, 96% dos indivíduos julgados culpados de roubos com ameaças ou violências receberam uma pena de prisão por um *quantum* médio de 60 meses (para os arrombamentos, 82% tiveram um *quantum* de 26 meses), enquanto apenas 31% das pessoas condenadas por desvios de fundos eram mandados para detrás das grades, e a minoria que aí ficava pagava uma pena média de 11 meses.” (WACQUANT, 2007, p. 223).

⁵ “[...] a ‘nova penologia’ ora implementada não tem por finalidade ‘reabilitar’ os criminosos, mas sim ‘gerenciar custos e controlar populações perigosas’, e quando isso não acontece estocá-los em separado, a fim de remediar a indigência dos serviços sociais e médicos, que não pretendem nem têm condições de tomá-los a seu encargo. A escalada do Estado penal estadunidense responde, assim, não à escalada da criminalidade –

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2011, p. 108), como o controle social é inerente às sociedades, a abolição do direito penal não geraria ganho social, pois possibilitaria o aparecimento de outros mecanismos de controle social mais violentos e irracionais que levariam ao fim do Estado de Direito. Por tal motivo, esses autores defendem que a função do Direito Penal é a limitação do poder punitivo, por meio da criação de critérios racionais de imputação da responsabilidade, a serem utilizados pela agência judicial, na solução dos casos que lhe são levados à apreciação (ZAFFARONI et al., 2011, p. 40).

Essas observações consideram as características do poder punitivo em sua completude e não se limitam à sua manifestação na esfera penal. Pode-se dizer que a expansão do poder punitivo ocorre em todos os âmbitos em que não encontre resistência. Em todas as suas formas de manifestação, o exercício do poder punitivo manifesta suas características intrínsecas, e sua principal manifestação é o controle configurador positivo da vida social.

2.1.2 A punição administrativa

A aplicação de penalidades decorre da normatização das relações sociais e não se pode desconhecer o caráter político inerente a tais regramentos. Embora sua essência seja a mesma, o poder punitivo tem várias formas de manifestação, a depender dos contornos que lhe são atribuídos pela ordem jurídica positiva. No Brasil, reconhece-se ao Estado o exercício desse poder em diversas formas jurídicas que, embora tidas como autônomas e independentes, apresentam as características de expansividade, irracionalidade, arbitrariedade e seletividade.

Essas características foram identificadas na esfera administrativa por Alejandro Nieto García (2005, p. 30) que, ao se referir ao poder punitivo exercido pela Administração, ressalta que “o legislador tem colocado literalmente a todos os cidadãos fora da lei”. Segundo esse autor, o maior sarcasmo dessa situação consiste em que “esta rede sancionadora apresenta tantas incongruências que é tão fácil escapar dela o infrator hábil, como difícil que a Administração de boa-fé a maneje com eficácia”. O mesmo autor conclui que “a potestade sancionadora – quando se quer e se pode exercê-la – não é outra coisa que a legitimação da violência do poder”.

Alejandro Nieto García (2005, p. 31) ainda afirma que as pessoas comuns não

que foi estagnante e depois declinante durante essas três décadas fundamentais –, mas antes aos deslocamentos sociais provocados pela dessocialização do trabalho assalariado e pela redução de gastos do Estado caritativo. E ele tende a se tornar a sua própria justificativa para a insegurança e a violência que supostamente deveriam remediar.” (WACQUANT, 2007, p. 124 et seq.).

podem se defender, “em parte porque sabem-se infratoras e em parte porque os custos da defesa são ordinariamente superiores aos da multa administrativa”. O autor argumenta que, embora a Administração “deixe escapar os beneficiários de uma sentença, não deixa de sancionar os que se encontram na mesma situação” e não recorreram ao Poder Judiciário.

Há, contudo, uma classe de cidadãos que atuam de maneira muito diversa. Para os “poderosos”, para os grandes empresários, o Direito Administrativo Sancionador não existe. Salvo raras exceções [...] suas enormes infrações são sancionadas com multas proporcionalmente reduzidas, que não chegam a frustrar a rentabilidade do negócio fraudulento. E, em todo caso, têm, a seu serviço, profissionais inteligentes que sabem se colocar entre as brechas e os remendos desta rede imperfeita que se denomina legislação sancionadora, principalmente, se for manejada, como é o comum, por funcionários incompetentes e desestimulados, que sabem, de sobra, que só podem ter êxito com os “pequenos” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 31, tradução livre⁶).

A crítica de Alejandro Nieto García, dirigida ao sistema espanhol, aplica-se também ao ordenamento brasileiro. A expansão do poder punitivo no Brasil demonstra-se pela multiplicação das agências punitivas e pela autonomia e independência que lhes é reconhecida em face da atuação das demais.

Ao se estabelecer, legislativamente, novas autoridades competentes para o exercício do poder punitivo, essas agências são consideradas autônomas e independentes em relação às instâncias já existentes e se permite a reiteração do exercício do poder punitivo estatal. Essa reiteração é justificada pela impunidade, mas desconsidera-se que a seletividade própria do sistema punitivo impede a punição de todos os ilícitos.

A teoria da separação de instâncias considera que diferenças formais quanto ao exercício do poder punitivo, concernentes à autoridade competente para imposição da sanção, ao tipo de sanção cominada e ao procedimento, garantem a autonomia e a independência entre as diversas formas de manifestação do poder punitivo. Ao defender a autonomia e independência das instâncias punitivas, sustenta-se que garantias constitucionais, inerentes ao

⁶ No original: “El ciudadano medio no puede defenderse: en parte porque se sabe infractor y en parte porque los gastos de la defensa son de ordinario más elevados que la multa. [...] la Administración [...] deja escapar ciertamente a los beneficiarios de una sentencia, pero no por ella deja de sancionar a los que se encuentran en las mismas circunstancias y no han recurrido. [...] Hay, con todo, una clase de ciudadanos que actúa de manera muy diferente. Para los ‘poderosos’, para los grandes empresarios el Derecho Administrativo Sancionador no existe. Salvo excepciones muy raras [...] sus enormes infracciones son sancionadas con multas proporcionalmente reducidas, que no llegan a frustrar la rentabilidad del negocio fraudulento. Y en todo caso tienen a su servicio profesionales inteligentes que saben colarse entre las grietas y remiendos de esa red imperfecta que se denomina legislación sancionadora, máxime si está manejada, como es lo común, por funcionarios incompetentes y desestimulados, que saben de sobra que sólo pueden tener éxito con los ‘pequeños’.”

Estado de Direito, como a prévia tipificação das condutas puníveis; a responsabilidade pessoal e subjetiva; a presunção de inocência; o *ne bis in idem*, entre outros, dirigem-se exclusivamente à esfera punitiva penal e processual penal.

A ordem jurídica brasileira atribui ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo a competência para imposição de sanções pelo descumprimento de normas gerais de conduta. Admite-se que o acusado, absolvido por sentença penal, possa ser condenado pelos mesmos fatos e fundamentos em outras esferas administrativas e judiciais. Por vezes, a pena aplicada nessas outras esferas não difere daquelas que seriam aplicadas na esfera penal.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece ao Estado o exercício de poder punitivo de forma mais intensa sobre determinadas pessoas físicas ou jurídicas com as quais mantém relações específicas.

Essas pessoas são submetidas a outras esferas de punição, também autônomas e independentes. É o caso dos agentes públicos em geral que, além da responsabilidade penal e administrativa geral, estão submetidos à responsabilidade disciplinar ou política, à responsabilidade perante o Tribunal de Contas e à responsabilidade perante a jurisdição civil por ato de improbidade administrativa. Também são reconhecidos âmbitos especiais de responsabilização aos usuários de serviços e/ou de bens públicos, àqueles que se encontram recolhidos em estabelecimentos prisionais e aos contratados com o Estado.

Essa situação foi descrita por Marcelo Madureira Prates (2005, p. 26) ao afirmar que “não há hoje um único poder administrativo sancionador, mas sim variados poderes administrativos sancionadores”, já que:

De um lado, há o aspecto *geral* ou *comum* do poder administrativo sancionador, isto é, a possibilidade de a Administração valer-se de poder punitivo em desfavor de administrados indeterminados com os quais estabeleça, ainda que intermitente e casualmente, alguma relação jurídica administrativa; de outro lado, há o aspecto *especial* desse mesmo poder, que representa a prerrogativa de a Administração aplicar penalidades àquelas pessoas determinadas com as quais mantenha relação administrativa especial, geralmente duradoura. (PRATES, 2005, p. 27).

A análise histórica demonstra que, embora não se possa falar de origem comum entre as diversas esferas punitivas institucionalizadas, essas características sempre estiveram presentes no exercício do poder punitivo. Contudo, após a Revolução Francesa, o direito penal incorporou garantias inerentes ao Estado de Direito.

A comparação do sistema brasileiro com os sistemas português e espanhol demonstra que a teoria da autonomia e independência de instâncias não é interpretada nesses

países da mesma forma que no Brasil. Enquanto no Brasil as esferas não se relacionam, nesses países – por via legislativa ou jurisprudencial – estabeleceu-se a interdependência entre as instâncias a fim de aplicar à esfera administrativa determinados princípios típicos do Estado de Direito e resguardar às pessoas contra o *bis in idem*.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NO ESTADO DE DIREITO

O exercício do poder punitivo estatal, como função jurisdicional e administrativa, corrente em países europeus e latino-americanos, não teve desenvolvimento uniforme nesses países.

Atualmente, com a formação da União Europeia e a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), pode-se falar em um direito comunitário, aplicável a todos os estados europeus; contudo, esse direito não engloba a totalidade das ordens jurídicas parciais. Fatores políticos e culturais levaram à evolução diferenciada das diversas ordens jurídicas europeias e ainda impossibilitam a existência de ordenamento jurídico uniforme. Portanto, não é possível falar em desenvolvimento do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador europeu de modo geral, já que a análise deve detalhar o sistema interno de cada país.

Os fundamentos da divisão do exercício do poder punitivo estatal entre órgãos administrativos e jurisdicionais, seus limites funcionais e os critérios materiais, formais e quantitativos de identificação têm sido objeto de longo debate na doutrina e na jurisprudência europeia, desde os fins do século XIX. O principal fundamento da interdição e do exercício desse poder pela Administração é o princípio da separação de poderes.

Na relação entre as instâncias, a doutrina impulsionou a legislação e a jurisprudência de diversos países europeus no sentido da contenção da reiteração do poder punitivo estatal. Não identificadas diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, a repressão administrativa foi inserida no conceito amplo de repressão estatal. Dessa construção, resultam decisões do TEDH que consideram a reiteração punitiva, nas esferas penal e administrativa, ofensiva aos tratados da Comunidade Europeia.⁷

⁷ « Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la Cour de Strasbourg n'avait pas l'intention d'imposer son opinion sur la distinction entre la répression pénale et la répression administrative, mais d'éviter le risque de 'fraude à la Convention' qui se présenterait si les Etats contractants pouvaient éviter les garanties des articles 6 et 7 par une qualification extrapénale de leur action coercitive. La notion de l'accusation pénale et l'assimilation de certaines mesures extrapénales à la peine pénale s'intègrent dans un effort des institutions de Strasbourg qui consiste à généraliser et à consolider la protection des personnes poursuivies. » (DELLIS, 1997, p. 50). (Tradução livre: “Contudo, não se deve perder de vista que a Corte de Estrasburgo não teve a

No Brasil, a aplicação de penalidades pela Administração é considerada atividade típica do Poder Executivo, inerente à separação de poderes, motivo pelo qual o exercício do poder punitivo na esfera administrativa é visto como autônomo em relação à esfera penal. Admite-se a reiteração punitiva por fatos já punidos na esfera penal, a responsabilidade objetiva e poderes administrativos para tipificar condutas e cominar penas.

Esse contexto gera para administradores e pessoas submetidas ao controle da Administração Pública brasileira questionamentos e discussões quanto aos limites do exercício desse poder pela Administração.

Pretende-se, com a análise histórica, demonstrar a necessidade de mudança na abordagem do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, pois os princípios do Estado de Direito estabelecem uma matriz constitucional comum ao direito penal e ao direito administrativo sancionador.

2.2.1 Aspectos evolucionais do sistema português

Quanto aos sistemas europeus, opta-se, neste trabalho, por tratar da evolução dos sistemas português e espanhol.

Em relação a Portugal, a escolha se deu em razão da vigência direta de sua legislação no Brasil e porque a ordem jurídica portuguesa ainda tem proximidade e influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

Com a formação do Estado Português e a centralização do poder político, todas as funções estatais subordinaram-se exclusivamente ao monarca.⁸ Apesar da existência do cargo de juiz e da manutenção dessa nomenclatura desde a Idade Média, o exercício das funções dos juízes, naquela época, comportava funções atualmente atribuídas ao Poder Judiciário e tarefas tipicamente administrativas.⁹

intenção de impor sua opinião sobre a distinção entre a repressão penal e a repressão administrativa, mas de evitar o risco de 'fraude à Convenção' que ocorreria se os Estados contratantes pudessem evitar as garantias dos artigos 6 e 7 por uma qualificação não penal de sua ação coercitiva. A noção de acusação penal e a assimilação de certas medidas não penais à sanção penal integram o esforço das instituições de Estrasburgo de generalizar e consolidar a proteção às pessoas perseguidas.”).

⁸ Nas Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal de 1603 a 1867, a competência jurisdicional dos juízes foi dividida por áreas de especialização e por território (Livro I, Títulos IX, X, XIV, XVI, LXV, LXXXVIII). Embora eleitos (Livro I, Título LXVII), estavam submetidos à autoridade do soberano, que detinha a decisão final quanto às acusações contra os juízes (Livro I, Título C). Todas as funções estatais (legislativa, jurisdicional e administrativa) estavam submetidas ao monarca, que as coordenava de acordo com sua discricionariedade. (PORTUGAL, Ordenações Filipinas).

⁹ As atividades de julgamento e aplicação de penas, no sistema das ordenações filipinas, eram realizadas pelos juízes, cujas funções tanto eram jurisdicionais quanto administrativas, como servem de exemplo as atribuições dos juízes da casa de Misericórdia, expressas no Livro I, Título XVI. (PORTUGAL, Ordenações Filipinas).

Embora, hoje, o modelo absolutista seja visto como exemplo de arbítrio, a centralização do poder foi necessária à formação dos Estados nacionais. Esse período representou o marco da unificação do poder punitivo estatal, exercido com fundamento na vontade do monarca e sem controles jurídicos. Durante a formação do Estado Português, a aplicação do direito em seu território era fragmentária e a forma do exercício da punição pública, diversificada. A indicação das condutas proibidas, das penalidades cabíveis e dos processos de aplicação variavam de acordo com as regras de cada castelo¹⁰ (CORREIA, 1977, p. 52 et seq.).¹¹

Com o fortalecimento do poder central e o início da monarquia portuguesa, a “tendência dos primeiros reis portugueses foi a de se oporem e reduzirem a vingança privada, chamando a si a realização do poder punitivo” (CORREIA, 1977, p. 67). A concentração do poder punitivo, na figura do monarca, levou à instauração de órgãos estatais competentes para a aplicação dessas penas, que, vinculados à estrutura única, exerciam a função de resolver conflitos e aplicar a lei.

O exercício do poder punitivo teve como justificativas a limitação da vingança privada, a garantia da paz social, a proteção de valores ético-religiosos e a reafirmação dos

¹⁰ Maria Helena da Cruz Coelho (2011, p. 38 et seq.) leciona que “no período de formação de Portugal, os usos e costumes locais prevaleciam sobre a lei geral. Será justamente no direito costumeiro, em particular nas cartas de foral, outorgadas por reis e senhores, e nos foros longos, emanados já das próprias comunidades, que encontraremos o normativo legal do viver social, codificado pela escrita. Criados os concelhos com vista a atrair e arrear povoadores às terras, a ganhar aliados para a defesa dos lugares e o ataque aos inimigos, a incentivar mecanismos económicos e a exercer um poder local em conexão com o poder central, compreender-se-á que as cartas de foral procurem dar resposta e regulamentar todos estes objectivos. Mas, consoante as prioritárias finalidades, a posição geo-estratégica e o desenvolvimento dos centros populacionais, assim os monarcas foram concedendo diversos tipos de forais, que implantaram no terreno uma variada e ampla rede de concelhos urbanos ou rurais, de pendor mais militar ou comercial, e com aparelhos de governo, direitos e deveres mais ou menos desenvolvidos”.

¹¹ Logo após a Reconquista, as seguintes penas eram encontradas nos diversos forais dos castelos portugueses: a) perda da paz absoluta, que tinha como consequência a exclusão do apenado da proteção legal; b) perda da paz relativa; c) pena de morte; d) penas pecuniárias (multas, calúnias, coimas e peitas), aplicadas de forma subsidiária, como efeitos da perda da paz, ou ainda como penas autónomas; e) penas corporais; f) penas privativas de liberdade, caracterizadas pela redução à servidão e a *traditio in potestate*, em regra, aplicadas pelo não pagamento de penas pecuniárias ou de dívidas civis, a prisão era medida administrativa usada como forma preventiva ou subsidiária; g) penas infamantes, aplicadas com ou sem tormentos, como a flagelação pública do réu, a expiação no pelourinho ou picota, por vezes em gaiola; bem como as marcas de ferro quente, a decalvação, a procissão do réu a pé e com corda no pescoço, a suspensão em cruz e o corte de barba, entre outras (CORREIA, 1977, p. 61 et seq.).

As Ordenações Afonsinas, que vigeram em Portugal de 1446 até 1505, quando foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, previram as seguintes penas: a) pena de morte; b) penas corporais: mutilação, açoites, tormentos; c) penas pecuniárias: multa e perda de objetos; d) penas que afetam a liberdade: servidão penal, prisão, degredo e desterro; e) penas que agridem a honra ou penas infamantes; f) penas acessórias: perda de interesses reais e honras, perda de mercê, de cargo ou ofício e repreensão. (CORREIA, 1977, p. 74 et seq.).

objetivos institucionais do recente Estado Português. A legislação da época empregava mecanismos atualmente considerados cruéis e penas abstratamente consideradas desproporcionais, sem que se pudesse reconhecer conteúdo ético ou moral determinante do conteúdo da generalidade das condutas proibidas.¹²

Como exemplo desses fins variados, pode-se citar que, segundo a legislação criminal da época, “aquele que passasse gado para fora do reino era publicamente açoitado com vara e pregão, decepando-se-lhe um pé, junto ao Pelourinho” (CORREIA, 1977, p. 95). Maria Helena da Cruz Coelho (2011, p. 48) explica que as proibições de exportação estavam ligadas à necessidade de manutenção econômica do reino, pois a exportação de pão e de gado causava falta desses bens no reino e colocava “em jogo o princípio tradicionalista do autoconsumo, brigando com o espírito mercantil, a exigir dos monarcas [...] uma política de concertação e equilíbrios”.

Posteriormente, por razões econômicas e estadistas, proibiu-se a exportação de ouro, prata e armas para fora do reino, (COELHO; 2011, p. 49). Em outro tempo, com o objetivo de garantir a manutenção do Estado Português em face dos mouros:

Afonso V apelava ao direito canônico (aos ‘santos cânones’) e ao direito civil (às ‘leis imperiais’) para proibir que os cristãos levassem para a terra de mouros armamento e material afim – armas, ferro feito ou por fazer, galés, navios ou madeira para os confeccionar, linho cânhamo lavrado ou por lavar, artilharias, a saber engenhos, bombardas e escalas – ou mantimentos – pão, vinho, azeite, sal, cera, mel, sebo ou outras mercadorias. Os infractores seriam punidos à luz de ambos os direitos. Primeiro excomungados, depois perderiam a mercadoria e, se naturais do reino, os próprios bens lhes eram confiscados. Exceptuava-se, porém, a saída de mercadorias para essa nobre missão de remir cativos. (COELHO, 2011, p. 51).

Não se falava, portanto, na atual divisão do exercício do poder punitivo estatal entre órgãos judiciais e administrativos, pois o Poder Central era o titular dessa potestade.

¹² “Para além da verdade de que durante o direito canônico não havia uma delimitação da esfera de atuação punitiva, que recaía sobre as condutas classificadas como imorais ou como pecados, dentro de um grande campo de imprecisão e subjetivismo e que as penas eram incertas, aquela fase marcou um fato positivo na transição para o direito moderno: o de estabelecer a prerrogativa do Estado na detenção do *ius puniendi*. O direito canônico reagiu ao caráter individualista do direito penal germânico, que permitia ao particular a vindita e entregou ao Estado a função de punir. Isso, de certa forma, por coerência aos dogmas, contrários à pena de morte. No entanto, o Estado atuava em demasia, confundindo o *ius puniendi* com o exercício do poder e de preservação política do soberano. As punições, antes de representarem fins de profilaxia criminal, significavam a vingança institucional e fixavam as regras do jogo do poder. Tal situação, que perdurou até a Revolução Francesa, sofreu grande oposição do Iluminismo.” (GUIMARÃES, 2002, p. 481).

Blanca Lozano (1990, p. 393 et seq., tradução livre¹³) caracterizou essa situação ao afirmar que “o direito penal policial era só uma parte dentro do âmbito do conjunto do direito penal, que abarcava as ações menos prejudiciais para o fim último do Estado, a segurança e o bem-estar gerais, caracterizando-se por ser aplicado por autoridades políticas”.¹⁴

Esse sistema foi questionado pelo movimento iluminista que influiu na legislação portuguesa, garantindo a humanização da pena, a ampliação da liberdade individual e a mínima interferência estatal, a fim de dar racionalidade ao sistema.

Instaurado o Estado de Direito, exigiu-se que o Estado não interferisse na esfera privada para proteger interesses sociais gerais (CORREIA, 1977, p. 105 et seq.) e a Constituição Portuguesa, de 23/09/1822, determinou que “nenhuma lei, muito menos a penal,

¹³ “En el Antiguo Régimen, al poder del soberano de emitir órdenes para regular el funcionamiento de la Administración Pública se vinculaba la potestad de irrogar directamente sanciones en los supuestos de inobservancia de dichas órdenes. No existía, en un principio, la idea de una separación del injusto ‘policial’ y del penal, y la diferencia entre justicia y policía, dado que ambas tenían con arreglo a las concepciones de la época por objeto la seguridad interior, se cifraba únicamente en la índole de aplicación en la práctica del poder soberano, no en la esencia de la cosa. **De esta forma, el derecho penal policial era sólo una parte dentro del ámbito del conjunto del derecho penal, que abarcaba las acciones menos perjudiciales para el fin último del Estado, la seguridad y el bienestar generales, caracterizándose por el hecho de que era aplicado por la autoridades políticas.**” (LOZANO, 1990, p. 393 et seq.) (Sem destaques no original). (Tradução livre: “No Antigo Regime, o poder do soberano de emitir ordens para regular o funcionamento da Administração Pública se vinculava à potestade de impor diretamente sanções nos supostos de inobservância de ditas ordens. Não existia, em princípio, a ideia de uma separação do injusto ‘policial’ e do penal, e a diferença entre justiça e polícia, dado que ambas estavam, sob as concepções da época, destinadas à segurança interna, elevava-se unicamente a índole de aplicação prática do poder soberano e não a essência da coisa. Dessa forma, o direito penal policial era só uma parte dentro do âmbito do conjunto do direito penal, que abarcava as ações menos prejudiciais para o fim último do Estado, a segurança e o bem-estar gerais, caracterizando-se por ser aplicado por autoridades políticas.”).

¹⁴ Sobre a diferenciação quanto às autoridades para imposição de sanções de polícia: “Deixando de ser uma atividade marginal do poder real ou cidadão, a ‘polícia’ se convertia, agora, no conceito-síntese da gestão interna do Estado. Ela não veiculava, mais, só uma tentativa de restaurar uma ‘boa ordem’ supostamente preexistente – comprometia-se agora com a mudança. Tornava-se um meio pelo qual o Estado Absolutista, dirigindo, moldando e instrumentalizando seus súditos, multiplicava estes e suas riquezas, expandindo as fontes últimas do poderio-militar da Coroa. Particularmente perceptível na Prússia e na Áustria, tal fenômeno também ocorreu em Portugal. [...] Que as novas tarefas da ‘polícia’ exigiam um Estado bastante ativo, isso era evidente. Tal atividade, no entanto, não poderia gerar resultados, se sofresse bloqueios a todo momento, por parte de órgãos e instituições dotados de visão tradicionalista. Não por acaso, o vicejar da nova ‘polícia’ costumava ser precedido ou acompanhado pela supressão de assembleias estamentais e pelo crescimento do controle real sobre o clero. E ocorria, geralmente, por meio de uma deliberada contenção da influência dos tribunais ‘de Justiça’ e dos juízes de formação jurídica tradicional. Era comum que, ao implementar medidas de polícia, o Governo criasse ‘tribunais de polícia’ e ‘intendentes de polícia’ dotados de competência privativa para julgar, no lugar da Justiça ordinária, os conflitos daí decorrentes. [...] A tentativa de contornar os órgãos da Justiça ordinária fazia também sentido, em razão das diferenças lógicas da nova ‘polícia’ e do direito tradicional. Se este se devia preocupar com justiça, conservação de padrões procedimentais do ‘iudicium’ e preservação de direitos e privilégios preexistentes (‘iura quesita’), aquela não tratava estes como intocáveis e dava muito mais importância à utilidade e a eficiência. Não por acaso, adotou-se, nos órgãos de polícia encarregados do controle social e da gestão econômica, um processo distinto do ordinário e bem mais célere do que este. Não raro ali se dificultava a defesa e mesmo se suprimiam os recursos, alegadamente em nome da efetividade e do bem comum.” (SEELAENDER, 2009, p. 78 et seq.).

será estabelecida sem absoluta necessidade” (art. I – 10). Aboliram-se as penas cruéis e infamantes e firmou-se a competência do Poder Judiciário em matéria punitiva, remanescendo à Administração o exercício do poder punitivo em relação à gestão fazendária.¹⁵

Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 118 et seq.) afirma que, com o aparecimento do Estado de Direito, a competência para impor restrições a direitos particulares passou a ser exclusiva dos tribunais judiciais e retirou-se da Administração o poder que lhe incumbia de sancionar as condutas particulares.

O fundamento jurídico utilizado para transferir ao Poder Judiciário a competência para aplicação de penalidades foi o princípio da separação de poderes, que, no século XIX, fundamentou essa transferência também em outros países europeus (LOZANO, 1990, p. 393 et seq.).

Consoante a doutrina portuguesa, criaram-se duas espécies de infrações: os crimes e as contravenções, estas consideradas “infrações menos graves”. Segundo Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 119):

[...] porque o objecto e o objectivo era a protecção dos interesses da Administração Pública e, por outro lado, as sanções aplicáveis eram penas (de multa ou pena de prisão curta), a doutrina passou a qualificá-las como **ilícito penal administrativo** por contraposição ao crime que era designado por ilícito penal de justiça.

¹⁵ A Constituição Portuguesa de 1822 (PORTUGAL, Constituição Portuguesa de 23/09/1822) estabeleceu limites e procedimentos ao exercício do poder punitivo estatal e à aplicação da pena privativa de liberdade: “Artigo I - 4. Ninguém deve ser preso sem culpa formada, salvo nos casos, e pela maneira declarada no artigo 203, e seguintes. A lei designará as penas, com que devem ser castigados, no só o Juiz que ordenar a prisão arbitrária e os oficiais que a executarem, mas também a pessoa que a tiver requerido. [...] 10 - Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. 11 - Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes.” O art. 124 dessa Constituição vedou ao rei o uso da pena privativa de liberdade, exceto se o exigisse a segurança do Estado, situação em que o preso deveria ser entregue à autoridade judiciária em 48 horas, ou quando suspensas as formalidades judiciais, nos termos do art. 211.

Quanto ao exercício do poder punitivo pelo Poder Judiciário, essa Constituição determinou que: “Art. 176. O poder judicial pertence exclusivamente aos Juizes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum. [...] 177 - Haverá *Juizes de Facto* assim nas causas crimes como nas cíveis, nos casos e pelo modo, que os códigos determinarem. Os delitos de abuso da liberdade de imprensa pertencerão desde já ao conhecimento destes Juizes. [...]”

A mesma Constituição atribuiu às Câmaras competências legislativas e administrativas, conforme art. 223 e seguintes. A elas incumbiu de “fazer posturas ou leis municipais” (inciso D), “promover a agricultura, o comércio, a indústria, a saúde pública, e geralmente todas as comodidades do concelho” (inciso II), estabelecer feiras (inciso III), promover a educação (inciso IV), etc., e atribuiu-lhes funções fiscalizatórias quanto à “remessa dos rendimentos nacionais” (inciso V).

O exercício do poder punitivo pelas autoridades fazendárias foi resguardado no art. 235: “A lei designará as Autoridades, a quem fica pertencendo o poder de julgar e executar em matéria de fazenda nacional; a forma do processo; e o número, ordenados, e obrigações dos empregados na repartição, fiscalização, e cobrança das rendas públicas.”

Nesse sistema, iniciaram-se os debates quanto aos critérios utilizados para distinguir os crimes e as contravenções. A doutrina postulou critérios quantitativos, quanto à pena aplicada, e critérios materiais, segundo os quais o ilícito contravençional seria a infração às normas destinadas a promover o bem estar social e os crimes, condutas ofensivas a normas que tutelam direitos subjetivos ou individuais (CARVALHO, 2008, p. 119).

Os ideários liberais impuseram ao exercício do poder punitivo princípios compatíveis com o Estado de Direito, ao vedar as penas cruéis e exigir justificativa para interferência do Estado na esfera de liberdade das pessoas. Todavia, como o direito é manifestação da política e o exercício do poder punitivo pelo Estado não se desvincula do contexto social, esses limites não deixaram de ser o reconhecimento da nova ideologia adequada à realidade social em que vivia a Europa desde o século XVIII (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 245 et seq.).

Esse modelo subsistiu até que as exigências do Estado de Bem Estar Social fizessem com que os interesses protegidos pela Administração se multiplicassem, o que causou a expansão das normas penais.¹⁶

A expansão da esfera penal causou sua hipertrofia, uma vez que multiplicação das contravenções e o aumento de crimes de bagatela geraram problemas de aplicação da lei penal, o que levou à necessidade de despenalização ou descriminalização (LOZANO, 1990, p. 399 et seq.). Em Portugal, essa necessidade foi resolvida pela criação do **direito da mera ordenação social**, que abarcou muitas das novas categorias criminais e as antigas contravenções penais (CARVALHO, 2008, p. 121; DIAS, 2001, p. 141; FARIA COSTA, 1986, p. 146 et seq.). Transferiu-se, portanto, a aplicação de suas sanções para a Administração, mediante processo simplificado.

No final dos anos 70, publicou-se, em Portugal, a primeira regulamentação da matéria, por meio do Decreto-lei 232, de 24/07/1979. A separação entre crimes e contraordenações fundamentou-se no tipo de sanção, que, para as contraordenações, seria a

¹⁶ Jorge Figueiredo Dias (1972, p. 113 et seq.), em texto anterior ao estabelecimento das contraordenações no ordenamento jurídico português, destacou que: “[...] inscreveu-se no legislativo uma perniciosa tendência contra a qual se começa agora a reagir: a de se deixar seduzir pela ideia de pôr o aparato das sanções *criminais* ao serviço dos mais diversos fins da política *social*. Esse procedimento [...] só aparentemente contribui para um saneamento da vida social e para uma eficaz proteção dos seus valores fundamentais; na realidade, porém, lança o maior descrédito sobre o próprio direito penal e a função que primariamente lhe incumbe, ao incorrer em uma inflação incriminatória galopante e incontrolável e ao conxionar os instrumentos próprios da política criminal com condutas para as quais aqueles não foram pensados nem são, visivelmente, adequados.”

coima. Essa norma equiparou a contraordenações todas as contravenções e transgressões previstas pela legislação em vigor para as quais fosse prevista a aplicação de sanções pecuniárias (FARIA COSTA, 1986, p. 146 et seq.).

Essa legislação foi profundamente alterada pelo Decreto-lei 411-A, de 1º/10/1979, que restabeleceu o sistema das contravenções, excluindo-as do direito da mera ordenação social. Essas normas foram revogadas pelo Decreto-lei 433, de 27/10/1982, cujo art. 1º manteve a diferenciação formal entre crimes e contraordenações, ao estabelecer que “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” (PORTUGAL, Decreto-lei 433, de 27/10/1982).

O sistema das contraordenações teve, por base, o sistema penal existente e acolheu diversas garantias nele desenvolvidas.

Assim, o Decreto-lei 433, de 27/10/1982, que regula as contraordenações em Portugal, garante, na esfera administrativa, a retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias sobre erro de tipo e erro de proibição e a interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos, com mesmo fundamento.¹⁷

2.2.2 Aspectos evolucionais do sistema espanhol

Analisa-se a evolução das relações entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, no ordenamento jurídico espanhol, devido à análise, no capítulo quatro, da atual jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) e do Tribunal Supremo Espanhol (TSE) que garante a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as esferas punitivas.

A escolha desse sistema, para confronto com o brasileiro, ocorre porque, nele, as relações entre as esferas administrativa e penal foram construídas sobre os mesmos pilares que ainda sustentam a dicotomia existente no Direito Brasileiro. No sistema espanhol, a interdependência entre as instâncias somente foi instituída depois da promulgação da Constituição Espanhola de 1978 (CE/1978).

¹⁷ “Artigo 3.º Aplicação no tempo: [...] 2 - Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.[...] Artigo 8.º Dolo e negligência: 1 - Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. 2 - O erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo. 3 - Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais. [...] Artigo 20.º Concurso de infracções: Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.” (PORTUGAL, Decreto-lei 433, de 27/10/1982).

Conforme noticia José Cerezo Mir (1993, p. 27 et seq.), não houve aumento do campo penal e posterior transferência dessas infrações ao campo administrativo, já que sempre se reconheceu o poder sancionador à Administração Pública.

Na Espanha, os alcaides acumulavam funções jurisdicionais e administrativas (BERISTAN, 1982, p. 248 et seq.) e exerciam o poder punitivo em ambas as esferas, segundo a natureza da causa. “Por não existir ainda a codificação penal, era confusa a distinção entre o que hoje chamamos crimes e infrações administrativas”, situação essa que “não produzia alterações de competência (como ocorreria na atualidade) já que [...] os alcaides atuavam em ambos tipos de causas e, ademais, de uma maneira fluida, por não ser rigoroso o princípio da tipicidade legal” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 55, tradução livre¹⁸).

Alejandro Nieto García (2005, p. 59 et seq.) leciona que o modelo espanhol passou por várias fases legislativas. Inicialmente, a Constituição de 1812 procurou estabelecer a judicialização do poder punitivo, ao proibir a imposição de quaisquer penas ao Poder Executivo. Todavia, esse sistema não chegou a ser implementado. A legislação do século XIX procurou distinguir quantitativamente o exercício do poder punitivo, ao estabelecer que, até certo grau, as penas seriam aplicadas pelos alcaides e as que ultrapassassem esse limite, pelo Poder Judiciário. A competência dos governadores foi estabelecida em relação à matéria, também limitada às infrações menos graves.

As dificuldades impostas por essa divisão fizeram com que a Constituição de 1845 não a albergasse, mas o Código Penal de 1850 insistiu na limitação quantitativa ao poder punitivo da Administração, sem que houvesse a imposição de outros limites ao seu exercício (NIETO GARCÍA, 2005, p. 62). A inexistência de limites constitucionais expressos ao exercício do poder punitivo pela Administração não impediu que a jurisprudência os estabelecesse.

Esses limites foram garantidos em leis que regulavam a matéria, e, em alguma medida, posteriormente, incluídos na CE/1978, cujo art. 25.1 determina que “ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que, no momento de sua produção (ocorrência), não constituam crime, falta ou infração administrativa, segundo a legislação

¹⁸ No original: “Al no existir todavía la codificación penal, era confusa la distinción entre lo que hoy llamamos delitos e infracciones administrativas; pero esto no producía perturbaciones de competencias (como sucedería en la actualidad) ya que, según se ha repetido, los alcaldes actuaban en ambos tipos de causas y, además, de una manera muy fluida al no ser riguroso el principio de la tipicidad legal.” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 55).

vigente naquele momento” (ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978, tradução livre¹⁹).

Embora nos limites literais desse dispositivo seja resguardada apenas a anterioridade das infrações administrativas, a doutrina e a jurisprudência espanholas, ao interpretarem-no, ampliam a proteção na esfera administrativa. Atualmente a imposição da sanção administrativa exige tipicidade, conduta dolosa ou culposa; a previsão em lei dos limites da infração e das penas se aplica à proibição de *bis in idem* em relação a condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo (NIETO GARCÍA, 2005, p. 215).

2.2.3 Aspectos evolucionais do sistema brasileiro

A análise da evolução histórica do sistema brasileiro tem o objetivo de demonstrar que a CRFB/88 rompeu com o sistema anterior, ao restringir os poderes normativos da Administração, submetê-la ao princípio da legalidade e ao garantir os direitos de ampla defesa, contraditório e devido processo legal na esfera administrativa.

Essa evolução propiciou que a doutrina postulasse novos limites ao exercício da atividade de polícia e exigisse que determinados princípios, antes de aplicação restrita na esfera penal, fossem aplicados na instância administrativa.

2.2.3.1 Evolução Legislativa

Durante o período colonial, no Brasil, da mesma forma que em Portugal, não houve distinção entre as formas de manifestação do poder punitivo, pois o ordenamento do território brasileiro esteve submetido às ordenações portuguesas. As Ordenações Filipinas regularam o âmbito penal até 1830, quando foi publicado o Código Criminal do Império (LAGO, 2011, p. 490).

Os princípios iluministas, quanto à aplicação de penas, foram introduzidos na ordem jurídica pela Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824. Seu art. 179, ao tratar dos direitos individuais, estabeleceu a irretroatividade da lei, a necessidade de lei para impor obrigações aos particulares (incisos I e III); a necessidade de formação de culpa como regra geral para a privação de liberdade e a notificação ao juiz sobre essa privação (inciso VIII); a proibição de privação de liberdade, em casos em que a lei possibilitasse o pagamento de fiança ou que cominasse pena privativa de liberdade inferior a seis meses (inciso IX); a autorização judicial prévia à privação de liberdade, exceto em casos de flagrante

¹⁹ No original: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

delito, ordens militares disciplinares e situações não criminais (inciso X); a individualização e pessoalidade da pena (incisos XIII e XX); aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis (inciso XIX).²⁰ Essa Constituição reconheceu a pena de morte e o banimento, mas não estabeleceu limites para a aplicação dessas penas.

À mudança constitucional não correspondeu a respectiva alteração das normas legais ou o fim das práticas com ela incompatíveis. Nesse sentido, embora essa Constituição proibisse expressamente a pena de açoites, o Código Criminal do Império, em seu art. 60,²¹ manteve-a em relação aos escravos, com amplo apoio da doutrina (BATISTA, 2006, p. 234).²²

²⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. [...] XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. [...]” (BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil).

²¹ “Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoites, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoites será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.” (BRASIL, Código Criminal do Império). Esse dispositivo foi revogado em 1886, pela Lei 3.310, de 15/10.

²² “Quanto aos açoites como pena pública e ao senhor como órgão de execução penal (art. 60 CCr 1830), o primeiro problema estaria em seu antagonismo com a Constituição do Império, que vedava expressamente os açoites e implicitamente a imposição de ferros, esta entre as ‘mais penas cruéis’. Um trecho do Conselheiro Paula Pessoa nos elucidará, removendo o inconveniente: ‘não obsta a esta disposição (o art. 60 CCr) o art. 179, §19 da Constituição do Império, por isto que os escravos acham-se fora della’. Já Thomaz Alves Júnior silenciava acerca da Constituição, para pragmaticamente ensinar: se ‘outros povos mais antigos e mais civilizados’ admitem o castigo corporal, ‘por que o não seria entre nós, onde a existência fatal da escravatura justifica essa necessidade palpitante’? Afinal, ‘nenhuma pena das estabelecidas no Código pode satisfazer a correção de seus (*dos escravos*) delitos’. Está tudo claro: o escravos estão fora da Constituição, e portanto, segundo autores liberais que esses penalistas liam, em estado de natureza, e a ‘necessidade palpitante’ dos açoites, a única que pode corrigi-los, decorre de ser a escravidão uma fatalidade que o Brasil compartilhava com ‘povos mais antigos e mais civilizados’. O discurso penalístico legitimante é quase sempre uma caricatura empertigada dos desejos da classe social dominante, que a fluência dos anos torna progressiva e impiedosamente mais nítida.” (BATISTA, 2006, p. 234).

A competência para aplicação da pena privativa de liberdade, em razão da prática de conduta tipificada como crime, foi atribuída ao Poder Judiciário. Contudo, conforme estabeleceu o art. 179, X, dessa Constituição, as privações de liberdade decorrentes de infrações militares, de situações que não fossem “puramente criminais” ou legalmente previstas por desobediência aos “mandados da justiça” ou “por não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo” poderiam ser aplicadas sem apreciação judicial.

Na esfera penal, embora a regra fosse a aplicação da pena privativa de liberdade às condutas tipificadas como crimes, o Código Criminal do Império estabeleceu normas incriminadoras, especialmente quanto aos crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração, cuja sanção não incluía a pena privativa de liberdade²³ – ainda que a multa não paga pudesse sempre ser convertida em privação de liberdade.²⁴

Embora essa Constituição fosse silente quanto ao exercício do poder punitivo pela Administração, entendeu-se que a Administração gozava de poderes punitivos, inclusive podendo se valer da pena privativa de liberdade (BATISTA, 2006, p. 219 et seq.). A Administração exerceu o poder punitivo como decorrência de sua competência para normatizar atividades e interesses dos particulares, para de atender a fins gerais.

No período imperial, essa competência foi exercida especialmente pelos Municípios. A outorga de competência legislativa aos Municípios foi determinada pelo art. 169 da Constituição Imperial,²⁵ regulamentado pela Lei Imperial de 1º/10/1828, que “*dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições e o processo para a sua eleição, e dos juízes de Paz*”. Essa lei qualificou as Câmaras Municipais como órgãos administrativos, mas

²³ “Art. 138. Entrar a exercer as funções do emprego, sem ter prestado, perante a competente autoridade, o juramento, e a caução, ou fiança, que a lei exigir. Penas - de suspensão do emprego até a satisfação das condições exigidas, e multa igual ao dobro do ordenado, e mais vencimentos do emprego, que tiver recebido. Art. 139. Exceder os limites das funções próprias do emprego. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, além das mais, em que incorrer.” (BRASIL, Código Criminal do Império).

Disposições semelhantes foram inseridas no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto 847, de 11/10/1890: “Art. 225. Entrar em exercício do emprego sem ter satisfeito previamente as exigencias da lei para a investidura do mesmo: Pena - de suspensão do emprego até satisfazer as condições exigidas, e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido do emprego. Art. 226. Exceder os limites das funções próprias do emprego: Pena - de suspensão do emprego por seis meses a um anno, além das mais em que incorrer.” (PIERANGELI, 2001, p. 298).

²⁴ “Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação. Esta condemnação porém, ficará sem effeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito.” (BRASIL, Código Criminal do Império).

²⁵ “Art. 169. O exercicio de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.” (BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil).

atribuiu-lhes o poder de estabelecer normas sobre posturas e atividades de polícia e a competência para sancionar os infratores de suas ordenanças.

A competência legislativa foi atribuída às Câmaras Municipais de maneira genérica, no art. 71,²⁶ e de forma específica em relação a determinados temas, no art. 66. Este dispositivo atribuiu-lhes competência para “tomar deliberações e prover sua postura” sobre: organização territorial, limpeza urbana, restrições quanto a animais, conservação e uso de bens públicos, esgoto, limpeza de currais e de matadouros públicos, edifícios e escavações, despejo de objetos, incapazes (“loucos”) ou embriagados, incêndios, ruídos, “ofensas à moral pública”, ordem pública em feiras e mercados, licença para exercício de atividades econômicas (matadouros), salubridade de mantimentos e de outros objetos expostos à venda e espetáculos públicos.

A competência legislativa foi complementada pela competência fiscalizadora, conforme os arts. 66 e seguintes da mesma lei.²⁷ Alguns dispositivos dessa lei, ao conferirem às Câmaras Municipais competência para legislar, estabeleceram, expressamente, a aplicação de penalidades. O art. 72 atribuiu-lhes a competência para aplicar sanções punitivas, pelo descumprimento das posturas municipais:

Art. 72. Poderão em ditas suas posturas comminar penas até 8 dias de prisão, e 30\$000 de condenação, as quaes serão agravadas nas reincidencias até 30 dias de prisão, e 60\$000 de multa. As ditas posturas só terão vigor por um anno em quanto não forem confirmadas, a cujo fim serão levadas aos Conselhos Geraes, que tambem as poderão alterar, ou revogar. (BRASIL, Lei Imperial de 1º/10/1828).

Portanto, o poder punitivo (normativo e sancionador) conferido às Câmaras

²⁶ “Art. 71. As Camaras deliberação em geral sobre os meios de promover e manter a tranquillidade, segurança saude, e commodidade dos habitantes; o asseio, segurança, elegancia, e regularidade externa dos edificios, e ruas das povoações, e sobre estes objectos formarão as suas posturas, que serão publicadas por editaes, antes, e depois de confirmadas.” (BRASIL, Lei Imperial de 1º/10/1828).

²⁷ “Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes: [...] §8º Protegerão os criadores, e todas as pessoas, que trouxerem seus gados para os venderem, contra quaesquer oppressões dos empregados dos registros, e curraes dos Conselhos, aonde os haja, ou dos marchantes e mercadores deste genero, castigando com multas, e prisão, nos termos do titulo 3º art. 71, os que lhes fizerem vexames, e acintes para os desviarem do mercado. [...] Art. 69. Cuidarão no estabelecimento, e conservação das casas de caridade, para que se criem expostos, se curem os doentes necessitados, e se vaccinem todos os meninos do districto, e adultos que o não tiverem sido, tendo Medico, ou Cirurgião de partido. Art. 70. Terão inspecção sobre as escolas de primeiras letras, e educação, e destino dos orphãos pobres, em cujo numero entram os expostos; e quando estes estabelcimentos, e os de caridade, de que trata o art. 69, se achem por Lei, ou de facto encarregados em alguma cidade, ou vida a outras autoridades individuaes, ou collectivas, as Camaras auxiliarão sempre quanto estiver de sua parte para a prosperidade, e augmento dos sobreditos estabelcimentos.” (BRASIL, Lei Imperial de 1º/10/1828).

Municipais foi quantitativamente limitado em relação às sanções impostas na esfera penal, pelo Poder Judiciário.

Durante o período imperial, não houve teorização quanto ao poder punitivo exercido pela Administração. Ainda que sem fundamentação autônoma, admitiu-se a reiteração punitiva nas esferas administrativa e penal, como o comprova o Decreto Imperial 4.835, de 1º/12/1871, que “*Aprova o Regulamento para a matricula especial dos escravos e dos filhos livres de mulher escrava*”.

Essa norma estabeleceu sanções punitivas para o descumprimento da obrigação de registro de filhos livres de mulher escrava e para a omissão negligente do registro ou da comunicação de morte dos filhos livres de mulher escrava.²⁸ Todavia, a competência para aplicação das sanções cominadas para algumas infrações foi atribuída à autoridade que verificasse o fato, fosse ela administrativa ou judicial e, neste caso, cível ou criminal.²⁹ A mesma norma estabeleceu que, no caso da prática das infrações previstas nos arts. 33 e 34, além da imposição da multa neles cominadas, seria cabível a punição penal pelo crime tipificado no art. 179 do Código Criminal.³⁰

Como a legislação comportava penas aplicáveis apenas pelo Poder Judiciário, pela Administração e penas aplicáveis, indistintamente, por esses órgãos, não é possível afirmar que houve a criminalização de condutas mais ofensivas ao meio social.

²⁸ “Art. 33. As pessoas a quem incumbe dar á matricula filhos livres de mulher escrava, não o fazendo no tempo e do modo estabelecido, incorrerão, se por mera negligencia, na multa de 100\$000 a 200\$000, tantas vezes repetida quantos forem os individuos omittidos na matricula; se por fraude, nas penas do art. 179 do Codigo Criminal. Incorrerão na multa de 10\$000 a 50\$000, se forem omissas em communicar o falecimento dos mesmos filhos livres de mulher escrava. Art. 34. Na multa de 50\$000 a 100\$000 incorrerá a pessoa que fizer intencionalmente declarações inexactas; e si essas declarações tiverem sido feitas no intuito de serem matriculadas como escravas crianças nascidas no dia 28 de Setembro do corrente anno ou posteriormente, soffrerá, além disso, as penas do art. 179 [d]o Codigo Criminal. Art. 35. A pessoa que celebrar qualquer contracto dos mencionados no art. 45, sem exhibir as relações ou certidões das respectivas matriculas; a que aceitar as estipulações dos ditos contractos sem exigir a apresentação de algum desses documentos; a que não communicar á estação competente a mudança de residencia para fóra do município, transferencia de dominio ou o falecimento de escravos, ou de menores livres nascidos de mulher escrava, conforme prescreve este regulamento; o official publico que lavrar termo, auto ou escriptura de transferencia de domínio ou de penhor, hypotheca ou de serviço de escravos, sem as formalidades prescriptas no citado art. 45; o que der passaporte a escravos, sem exigir a apresentação das relações ou certidões de matricula; e o que não participar aos funcionarios incumbidos da matricula as manumissões que houver lançado nas suas notas, incorrerão na multa de 10\$000 a 50\$000.” (BRASIL, Decreto Imperial 4.835, de 1º/12/1871).

²⁹ “Art. 40. São competentes: §1º Os chefes das repartições encarregadas da matricula, para imporem multas ás pessoas de que tratam os arts. 33, 34 e 35, se o motivo fôr verificado por autoridade administrativa; e os Juizes e tribunaes civeis e criminaes, para imporem as multas e penas de que tratam os mesmos artigos, se os motivos forem verificados em juizo. [...]” (BRASIL, Decreto Imperial 4.835, de 1º/12/1871).

³⁰ “Art. 179. Reluzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade. Penas - de prisão por tres a nove annos, e de multa correspondente á terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, que o do captiveiro injusto, e mais uma terça parte.” (BRASIL, Código Criminal do Império).

Da mesma forma que a Constituição Política do Império do Brasil, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891, foi silente quanto à competência punitiva da Administração Pública. Devido ao caráter liberal dessa Constituição, os deveres prestacionais do Estado são quase inexistentes, a competência legislativa e administrativa da União é mínima e, são facultadas aos Estados as competências não outorgadas expressamente à União. A competência legislativa criminal foi reservada à União e a competência administrativa ficou dispersa entre os entes federados.³¹

O poder punitivo continuou a ser exercido na esfera administrativa e na judicial e a execução da multa administrativa foi atribuída ao Poder Judiciário, conforme demonstra a legislação posterior à promulgação dessa Constituição. Nesse sentido, estabeleceu o Decreto 1.825, de 20/12/1907,³² que dispôs “*sobre a remessa de obras impressas à Biblioteca Nacional*”. Esta norma impôs, para os administradores de oficinas de tipografia, litografia e fotografia ou gravura, a obrigação de remessa à Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro de um exemplar de cada obra que executassem. O descumprimento dessa obrigação foi sancionado com multas a serem cobradas na via judicial.³³

³¹ “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 4º) regular a arrecadação e a distribuição das rendas federais; 5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos; 6º) legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiros; 7º) determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas; 8º) criar bancos de emissão, legislar sobre ela e tributá-la; 9º) fixar o padrão dos pesos e medidas; [...] 15º) legislar sobre o serviço dos correios e telégrafos federais; 16º) adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras; [...] 18º) legislar sobre a organização do Exército e da Armada; [...] 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; [...] 29º) legislar sobre terras e minas de propriedade da União; 30º) legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o Governo da União; [...] 32º) regular os casos de extradição entre os Estados; 33º) decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União; [...] Art. 65 - É facultado aos Estados: [...] 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição. [...] Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. §14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil).

³² Ato oficial do Poder Legislativo publicado como Decreto.

³³ “Art. 1º Os administradores de officinas de typographia, lithographia, photographia ou gravura, situadas no Districto Federal e nos Estados, são obrigados a remeter a, Bibliotheca Nacional do rio de Janeiro um exemplar de cada obra que executarem. [...] Art. 2º Na capo de inobservancia das disposições do artigo precedente; incorrerão os administradores das o officinas na pena de multa de 50\$000 a 100\$000, ficando os editores das obras não remettidas obrigados, logo que termine o prazo do art. 1º, §5º, a effectuar a remessa em um segundo prazo, igual ao primeiro, sob pena de apprehensão do exemplar ou exemplares devidos. Ao procurador seccional do logar communicará, o director da Bibliotheca Nacional a infracção occorrida, afim de tornar-se effectiva perante a Justiça, federal a sancção aqui estabelecida.” (BRASIL, Decreto 1.825, de

O Decreto 1.102, de 21/11/1903, que “*institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas*”,³⁴ no título IV, denominado “disposições fiscais e penais”, estabeleceu infrações administrativas e infrações penais. As multas aplicadas pela Administração apenas seriam executadas pelo Poder Judiciário.³⁵

Devido ao regime federal instaurado e à ideologia liberal, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil não tratou de temas referentes à ordem econômica e social, modelo seguido inicialmente pelas Constituições Estaduais. No início do século XX, algumas Constituições Estaduais foram modificadas a fim de que suas prescrições se adaptassem às novas realidades sociais.

A Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 15/06/1891, vedou ao Congresso a delegação de suas competências ao Presidente do Estado.³⁶ Essa Constituição também foi silente quanto à competência sancionadora da Administração e o poder punitivo foi exercido pelo Poder Executivo. Nesse sentido, a Lei do Estado de Minas Gerais 961, de 10/09/1927, que “*reorganiza os serviços sanitários do Estado*”, autorizou o Poder Executivo a reorganizar referidos serviços; estabeleceu competências fiscalizadoras em diversas matérias referentes à ordem social; e transferiu-lhe competência para, via regulamento, definir infrações e cominar multas até determinado valor.³⁷

20/12/1907).

³⁴ Ato oficial do Poder Legislativo publicado como Decreto.

³⁵ “Art. 32 - Incorreção na multa de 200\$ a 5:000\$ os empresários de armazéns gerais que não observarem as prescrições dos artigos 5º, 7º e 8º §§1º a 4º, 13, 22, §3º, 24, §§1º e 4º, 26, §2º última parte. §único - A **multa será imposta por quem tiver a seu cargo a fiscalização do armazém**, e cobrada executivamente por intermédio do ministério público, se não for paga dentro de oito dias depois de notificada, revertendo em benefício das misericórdias e orfanatos existentes nas sedes dos armazéns. [...] Art. 35 - Incorrerão nas penas de prisão celular por um ou quatro anos e multa de 100\$ a 1:000\$000: 1º - Os que emitirem os títulos referidos no capítulo II, sem que tenham cumprido as disposições dos arts. 1º e 4º, desta lei. 2º - Os empresários ou administradores de armazéns gerais que emitirem os ditos títulos sem que existam em depósito as mercadorias ou gêneros neles especificados; ou que emitam mais de um conhecimento de depósito e de ‘warrant’ sobre as mesmas mercadorias ou gêneros, salvo os casos do art. 20. 3º - Os empresários ou administradores de armazéns gerais que fizerem empréstimos ou quaisquer negociações por conta própria ou de terceiro, sobre os títulos que emitirem. 4º - Os empresários ou administradores de armazéns gerais que desviarem, no todo ou em parte, fraudarem ou substituírem por outras, mercadorias confiadas a sua guarda, sem prejuízo da pena de prisão de que trata o art. 11, nº 1. 5º - Os empresários ou administradores de armazéns gerais que não entregarem em devido tempo, a quem de direito, a importância das consignações de que trata o art. 22 e as quantias que lhes sejam confiadas nos termos desta lei. [...] §3º - **Nesses crimes cabe a ação pública.**” (BRASIL, Decreto 1.102, de 21/11/1903) (Sem destaque no original).

³⁶ “Art. 32 – É vedado ao Congresso delegar ao Presidente do Estado o exercício de qualquer das atribuições que por esta Constituição lhe competem.” (MINAS GERAIS, Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 15/06/1891).

³⁷ “Art. 1º - **Fica o governo autorizado a reformar os serviços sanitários do Estado, expedindo para isso o respectivo regulamento, de acordo com as bases definidas na presente lei.** Art. 2º - A atual Diretoria de

Essa Constituição Mineira, por meio da Lei Adicional 12, de 17/09/1928, regulou o poder sancionador das Câmaras Municipais, mantendo a possibilidade de cominação da pena privativa de liberdade por até 15 dias e limitando o valor das penas de multas.³⁸

Com a outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 10/11/1937, restringiram-se o movimento descentralizador do poder político e as atribuições do Poder Legislativo. O art. 11 dessa Constituição demonstra essa tendência ao estabelecer que “a lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares”.

O art. 13 dessa Constituição transferiu ao Presidente da República a competência para, mediante decretos-lei, sob certas condições, dispor sobre matérias de competência exclusiva da União.³⁹ Entre essas matérias incluíam-se, nos termos de seu art. 16, normas referentes ao bem estar, ordem, tranquilidade e segurança públicas, se necessária regulamentação uniforme (inciso V), e “normas fundamentais de defesa e proteção da saúde”

Higiene passa a denominar-se ‘Diretoria de Saúde Pública’, ficando subordinada à Secretaria da Segurança e Assistência Pública. Art. 3º - À ‘Diretoria de Saúde Pública’ compete: [...] c) polícia sanitária dos domicílios e logradouros públicos e inspeção das casas de habitação coletiva, estabelecimentos comerciais, fábricas, oficinas, hospitais, quartéis, mercados, etc.; d) fiscalização dos gêneros alimentícios consumidos no Estado e dos destinados à exportação, inspecionando-os nos entrepostos que forem criados, de acordo com o art. 11; [...] g) organização de todos serviços que visem melhorar as condições de salubridade pública e impedir ou diminuir a propagação de doenças transmissíveis ou evitáveis; h) fiscalização das farmácias, dos produtos farmacêuticos, vacinas, soros e outros produtos biológicos preparados no Estado, em laboratórios particulares; i) fiscalização do exercício das profissões médica, farmacêutica, dentária e obstétrica e repressão ao curandeirismo; [...] l) fiscalização do trabalho operário nas fábricas e oficinas, empreendendo estudos e inquéritos sobre higiene industrial e profissional; [...] n) inspeção das estâncias hidrominerais e termais. [...] **Art. 9º - No regulamento que for expedido, poderá o governo cominar multas de 50\$000 a 2:000\$000 de réis, pagáveis nas coletorias no prazo de dez dias, findo o qual serão cobradas, executivamente.** [...] Art. 11 - O governo fiscalizará os produtos alimentícios destinados à exportação nos pontos de embarque, ou nos lugares de produção, estabelecendo entrepostos, ou concedendo favores aos que quiserem se encarregar de tais empresas, que ficarão sob a inspeção da autoridade sanitária. [...] Art. 14 - **As construções e reconstruções de prédios na Capital e nos centros urbanos e rurais, onde houver serviço de Saúde Pública, serão fiscalizados pelo representante da ‘Diretoria de Saúde Pública’, sem ônus para os respectivos proprietários e obedecerão às exigências previstas no regulamento.** [...]” (MINAS GERAIS, Estado de. Lei 961, de 10/09/1927) (Sem destaques no original).

³⁸ “Art. 75 – Uma lei especial regulará a organização dos municípios, respeitadas as bases seguintes: [...] XIII – As câmaras municipais não poderão cominar penas de mais de quinhentos mil réis de multa e quinze dias de prisão, podendo esta ser comutada em multa correspondente.” (Inciso com redação dada pelo art. 7º da Lei Adicional nº 12, de 17/9/1928.) (MINAS GERAIS, Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 15/06/1891).

³⁹ “Art. 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937).

(inciso XXVII). A competência legislativa da União não excluiu a competência suplementar dos Estados em matéria de polícia, mas essa competência foi limitada pela concentração de poderes no Chefe do Executivo Federal que poderia, via regulamento, revogar as normas estaduais suplementares.⁴⁰

A centralização do poder, na figura do Presidente da República, é demonstrada pelo Decreto-lei 1.259, de 09/05/1939, que “*coibe o excesso de ruídos urbanos*”. Por meio dessa norma, o Presidente da República delegou ao Prefeito do Distrito Federal competência para adotar posturas necessárias a fim de coibir o excesso de ruídos urbanos; assegurar a normalidade das comunicações de rádio; impor sanções administrativas; e transferiu à Prefeitura e à Polícia Civil do Distrito Federal a competência para fiscalização das posturas estabelecidas pelo Prefeito.⁴¹

A despeito do retrocesso estabelecido por essa Constituição, em termos de garantias individuais, com a restauração da pena de morte e a instituição da censura, ela foi responsável pelo estabelecimento da legislação social no Brasil,⁴² por tratar de temas referentes a trabalho, saúde, educação e economia.

Houve o incremento de normas reguladoras das atividades públicas e privadas e foram estabelecidas estruturas para fiscalização do cumprimento dessas normas e de aplicação de sanções na esfera administrativa. Citam-se como exemplos o Decreto-lei 25, de 30/11/1937, que “*organiza a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional*”;⁴³ o

⁴⁰ “Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; [...] c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; [...] e) medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos; [...] Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937).

⁴¹ “Art. 1º O Prefeito do Distrito Federal fica autorizado a adotar as posturas necessárias para coibir o excesso de ruídos urbanos, bem como para assegurar a normalidade da rádio-recepção. Art. 2º As infrações das posturas autorizadas por esta lei serão punidas com multas de 100\$000 a 2:000\$000, dobradas na reincidência. Repetida a infração após a terceira multa, poderá ser cassada a licença do infrator; procedendo-se, quando couber, à apreensão dos veículos ou aparelhos. [...] Art. 5º A execução do disposto nesta lei e fiscalização das posturas nela autorizadas caberá à Prefeitura e à Polícia Civil do Distrito Federal.” (BRASIL, Decreto-lei 1.259, de 09/05/1939).

⁴² Não se olvida que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16/07/1934, estabeleceu importantes garantias sociais aos brasileiros. Todavia, devido ao breve período de sua vigência, seus dispositivos não puderam ser implementados.

⁴³ “Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. 1º Apurada a responsabilidade

Decreto-lei 431, de 18/05/1938, que “*define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social*”;⁴⁴ e o Decreto-lei n. 466, de 04/06/1938, que “*dispõe sobre a garimpagem e o comércio de pedras preciosas*”.⁴⁵ Essas normas, oriundas do Poder Executivo, estabelecem infrações e sanções administrativas e organizam estruturas administrativas competentes para o exercício da fiscalização de condutas e punições dos ilícitos.

Previu-se a punição das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamento, nas esferas penal e administrativa, em várias normas desse período, por exemplo, no art. 15, §3º do Decreto-lei 25/1937 e no art. 6º do Decreto-lei 431/1938.

Utilizou-se a expressão **contravenções** para definir ilícitos sujeitos a fiscalização e sancionamento por autoridades administrativas, por exemplo, nos Decretos-lei 466/1938⁴⁶ e 739, de 24/09/1938, que “*aprova o regulamento para a arrecadação e fiscalização do imposto de consumo*”.⁴⁷

do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que êste se faça. §2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dôbro. §3º **A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, alem de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.** [...] Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência. Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.” (BRASIL, Decreto-lei 25, de 30/11/1937). (Sem destaques no original).

⁴⁴ “Art. 6º. **Si qualquer dos crimes definidos na presente lei for praticado por meio de radiodifusão, agências de publicidade ou transmissoras de notícias e informações, incorrerão os seus responsáveis na multa de 1:000\$ a 10:000\$000, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.** Parágrafo único. A multa será imposta pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores, o qual poderá também determinar a suspensão do funcionamento, por prazo não excedente de 60 dias, ou o fechamento, em caso de reincidência.” (BRASIL, Decreto-lei 431, de 18/05/1938.) (Sem destaque no original).

⁴⁵ “Art. 40. Aos infratores deste decreto-lei serão aplicadas na seguintes penalidades, alem das estabelecidas nos seus diferentes dispositivos: [...] V - O exportador que tentar exportar ou efetivamente exportar pedras preciosas sem se achar devidamente habilitado, ficará sujeito às penas de contrabando, sem prejuízo da penalidade criminal aplicavel ao caso, perdendo o direito de rebaver a mercadoria apreendida, que reverterá em favor da Fazenda Nacional.” (BRASIL, Decreto-lei 466, de 04/06/1938).

⁴⁶ “Art. 42. **As contravenções do presente decreto-lei serão apuradas mediante processo administrativo, que terá por base auto de infração lavrado pelos agentes fiscais do imposto de consumo, ou por funcionário especialmente designado para o serviço, sendo admissível denúncia escrita dada por particulares.** Parágrafo único. O processo poderá ser iniciado, excepcionalmente, por meio de representação, quando no momento da diligência não for possível apurar o nome do infrator, ou do detentor da mercadoria em contravenção.” (BRASIL, Decreto-lei 466, de 04/06/1938) (Sem destaques no original).

⁴⁷ “Art. 27. É contravenção registrar fábrica não existente ou em nome de firma não existente. Multa de 2:500\$ a 5:000\$000. [...] Art. 52. Nenhum comerciante poderá ter estampilhas em quantidade excedente de 5% à necessária ao estampilhamento das mercadorias existentes em seus estabelecimentos, sob pena de serem apreendidas as excedentes. Multa de 500\$000 a 1:000\$000, Parágrafo único. Constitue contravenção a posse de estampilhas que pertenceram a mercadorias já consumidas. Multa de 1:000\$000 a 2:000\$000. [...] Art. 193. São competentes para lavrar auto, não só os funcionários federais, como quaisquer outras pessoas. Art.

Em 03/10/1941, foi promulgada a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688). Consoante se observa na legislação que se seguiu a essa norma,⁴⁸ o poder punitivo continuou a ser exercido pela Administração e pelo Poder Judiciário de forma concomitante. Posteriormente, a Lei de Introdução ao Código Penal estabeleceu distinção formal entre crimes e contravenções conforme o tipo de pena imposta a essas infrações.⁴⁹

Essa distinção formal vigorou até que a Lei 11.343, de 23/08/2006, estabeleceu, em seu art. 28, penas diversas da privação de liberdade para a conduta de posse de drogas para consumo pessoal.⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a natureza criminal da posse de drogas para consumo pessoal, ao decidir que a definição da Lei de Introdução ao Código Penal não se impõe a normas de mesma hierarquia.⁵¹

194. O auto lavrado por particular deverá ser assinado por duas ou mais testemunhas. [...] Art. 224. No despacho que impuser multa será ordenada a intimação do multado para efetuar o seu pagamento no prazo de 30 dias, contados da data da intimação. §1º Findo esse prazo, se não houver sido a multa depositada ou paga, na repartição arrecadadora competente, salvo o disposto no artigo 229, será extraída certidão da dívida, para a cobrança executiva, cumpridas as disposições dos decretos-leis números 5 e 42, de 13 de novembro e 5 de dezembro de 1937, respectivamente. §2º As guias para o recolhimento às repartições arrecadadoras de importâncias cobradas por intermédio do Juízo Federal conterão, obrigatoriamente, o número e data do processo fiscal originário (auto, notificação ou representação). [...]” (BRASIL, Decreto-lei 739, de 24/09/1938).

⁴⁸ Nesse sentido, o Decreto-lei 3.855, de 21/11/1941, que estabelece o “*estatuto da lavoura canavieira*”, e o Decreto-lei 4.014, de 13/01/1942, que “*dispõe sobre as atividades de despachantes aduaneiros e dá outras providências.*”

⁴⁹ “Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” (BRASIL, Lei de Introdução ao Código Penal).

⁵⁰ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. §1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. [...] §6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa.” (BRASIL, Lei 11.343, de 23/08/2006).

⁵¹ “I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes. [...] 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). [...]” (BRASIL, STF, RE 430.105 QO/RJ).

A legislação social, produzida durante o Estado Novo, continuou vigente nas décadas subsequentes, algumas até o período atual. Com base nessa legislação, produzida no âmbito do Estado de exceção, vigente durante o período democrático dos 15 anos seguintes, e durante o novo regime ditatorial, que se produziram os principais contornos do exercício do poder punitivo pela Administração no Brasil.

2.2.3.2 A construção doutrinária

Influenciados pela ideia de poder de polícia, vigente nos países europeus, no final do século XIX e no início do século XX, os autores brasileiros, de meados do século XX, iniciaram a sistematização do exercício da atividade de polícia pela Administração.⁵²

A doutrina considerou que o poder punitivo exercido pela Administração, integrando a atividade de polícia, teria, como características, a discricionariedade, a autoexecutoriedade, o caráter negativo e a natureza preventiva. A atividade de polícia foi caracterizada como **poder** do Estado em face dos administrados. O enfoque no resultado e nas finalidades da atividade de polícia e o contexto em que tais teorias se desenvolveram impediram que os limites ao seu exercício fossem sistematizados de forma aprofundada.

Os autores do século XX teorizaram sobre o **conceito** e o **fundamento** da atividade de polícia de forma similar. Este poder foi conceituado como atividade estatal de limitação de liberdades e de propriedades ou exercício de poder sobre pessoas e bens a fim de “manter os interesses coletivos, de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros” (BRANDÃO CAVALCANTI, 1950, p. 363 et seq.).⁵³ No início da década de 1960, José Cretella Júnior (1961, p. 37) conceituou polícia como “a atividade exercida pelo Estado para assegurar a ordem pública e particular através de limitações impostas à liberdade coletiva e individual dos cidadãos”.

A Administração não se submeteu ao princípio da **legalidade** no exercício do poder punitivo, pois as Constituições atribuíram competência legislativa e regulamentar ao Poder Executivo para proibir condutas e cominar penas (MENEGALE, 1938, p. 96 et seq.)⁵⁴

⁵² “Só em autores bastante recentes o *poder de polícia* recebeu o desenvolvimento que merece.” (CRETILLA JÚNIOR, 1961, p. 59).

⁵³ Sobre os conceitos precursores: José Cretella Júnior (1961).

⁵⁴ Segundo a doutrina, o poder regulamentar da Administração comportava os seguintes limites: “em primeiro lugar, que a autoridade administrativa esteja designada pelo Poder Legislativo para elaborar regulamentos. [...] o regulamento não se pôde afastar do preceito legal original, nem das regras geraes do direito positivo, como a da irretroactividade das leis, a da prisão por dívida, no direito brasileiro, a privação da liberdade por falta disciplinar civil. Egualmente, o regulamento não tem a virtude de abolir ou contradictar preceito legal

A doutrina brasileira reconheceu que a competência para regular condutas deriva da competência para a aplicação das leis. Assim, concebeu-se o poder de polícia como inerente à função administrativa, pois:

[...] desde que reconhecemos á administração a necessidade aplicar a norma em cada caso, com critério circunstancial, podemos extensivamente reconhecer-lhe a faculdade de dispor, com o mesmo critério, o processo de aplicação, quer dizer: de prevêr a serie de casos possíveis, e reunir numa disposição organica as modalidades de aplicação. (MENECALE, 1938, p. 96).

As principais teorias sobre a atividade de polícia, exercida pela Administração, tiveram, como finalidade, garantir operatividade às ações estatais. Conforme leciona Themístocles Brandão Cavalcanti (1936, p. 216), a “extensão do poder de polícia na jurisprudência dos Estados Unidos e na nossa tem argumentado com a necessidade de estabelecer um regime de equilíbrio social, incompatível com a aplicação rígida da lei”; dessa forma, “a tendência do direito moderno é a de ampliar cada vez mais o exercício da faculdade discricionária pelo poder a quem cabe cumprir e executar as leis”.

A efetividade da atividade de polícia, especialmente a garantia dos interesses públicos, não poderia ficar na dependência da lei, pois essa não teria condições de limitar taxativamente seu exercício. Segundo a doutrina, a Administração poderia ter necessidade de lançar mão de expedientes imprevisíveis na sua função de conter os “meliantes” (MASAGÃO, 19-- , p. 185), de forma que apenas seria possível traçar limites negativos ao exercício do poder de polícia.

A discricionariiedade foi vista como inerente a essa atividade, pois, para atingir sua finalidade, “pode a polícia preventiva fazer tudo quanto se torne útil à sua missão, desde que com isso não viole o direito de quem quer que seja”, ou seja, os direitos declarados na Constituição (MASAGÃO, 19-- , p. 185). Contudo, quanto aos direitos constitucionais, limites à atividade de polícia, destacou-se que:

Observe-se, entretanto, que no Direito Administrativo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos não são discutidos, mas, ao contrário, recebidos tais como se acham consagrados no Direito Constitucional positivo, ao qual compete a respectiva regência. **São êles considerados, no Direito Administrativo, sòmente como barreiras, que não devem ser franqueadas pela atividade policial.** (MASAGÃO, 19-- , p. 185 et seq.) (Sem destaques no original).

existentes[...]” (MENECALE, 1938, p. 99).

A **discricionariedade** decorreu da competência normativa da Administração, e, segundo a doutrina de meados do século XX, “as medidas de polícia não precisam estar predeterminadas pela lei” (BRANDÃO CAVALCANTI, 1950, p. 368, 412).⁵⁵

José Cretella Júnior (1961, p. 52 et seq.) também defendeu essa posição⁵⁶ e estabeleceu, como **limites** ao poder de polícia, os “direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição (1961, p. 54)”. O caráter **discricionário** e a competência normativa da Administração para a imposição originária de obrigações e cominação de penas também foram defendidos por Hely Lopes Meirelles (1966, p. 94, 97). Este autor afirmou que “*os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos individuais constitucionalmente garantidos ao cidadão*” (MEIRELLES, 1966, p. 99 et seq.).

Remonta, a meados do século XX, a ligação entre **autoexecutoriedade** dos atos administrativos e a atividade de polícia. Concebeu-se a potestade sancionadora da administração como “extensão do conceito de executividade” (MENEGALE, 1938, p. 89). Segundo a doutrina da época:

[...] a noção de *polícia* se insere no núcleo do conceito de executividade administrativa [...] e essa intimidade nas relações do conceito de polícia com o conceito de executividade do acto administrativo, embora não se confundam, é sensível, devido a que o acto administrativo é realizador da ordem do Estado e a polícia se destina a conservar a ordem, objeto da executividade (MENEGALE, 1938, p. 88).

Hely Lopes Meirelles (1966, p. 102) também defendeu a autoexecutoriedade

⁵⁵ A despeito da expressa afirmação de J. Guimarães Menegale de que não há necessidade de que a lei regule todos os atos da atividade de polícia, esse autor estabelece como limite ao seu exercício sua submissão à lei, na medida em que regulamentos administrativos não poderiam impor restrições não previstas em lei (MENEGALE, 1950, p. 22). Outros limites desenvolvidos por esse autor são a proibição de intervenção na vida privada dos indivíduos, já que “o poder de polícia somente intervém em manifestações sociais da atividade individual”; a proibição de interferência em atos privados, os quais estariam submetidos à análise do Poder Judiciário; e o critério da necessidade como requisito para exercício das medidas de polícia, tanto regulamentares, quanto coativas (MENEGALE, 1950, p. 22 et seq.).

⁵⁶ José Cretella Júnior (1961, p. 26) afirma que a expressão polícia comporta dois significados diversos: “Num primeiro sentido, *polícia* é sinônimo de *regras de polícia*, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Dêsse modo, toda regra de direito poderia ser compreendida como regra de polícia, no sentido mais amplo do termo. Num segundo sentido, denomina-se ainda *polícia* o conjunto dos atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como das leis.”

“O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais. O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita, atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. Na escolha dos meios de ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto está igualmente limitado o poder de polícia.” (CRETILLA JÚNIOR, 1961, p. 52 et seq.).

como integrante da natureza do poder de polícia.

A **autonomia e independência** do poder punitivo, exercido pela Administração, em relação à esfera penal, foram afirmadas com base na autoridade competente para imposição das sanções. Como assentado por J. Guimarães Menegale (1938, p. 89 et seq.):

É, em outros termos, o problema da competência da administração em matéria penal. [...] Ainda não se consolidou um direito penal administrativo positivo. Entretanto, concebe-se a existência da pena em direito administrativo. Surge, ahi, um equívoco: a aplicabilidade da pena, na administração, é uma incursão do direito penal no direito administrativo? ou, pelo contrário, o direito administrativo insere na administração uma potestade própria de aplicação da pena? Procurou-se resolver o problema procedendo preliminarmente a uma analyse do facto delictuoso destinada a separar o elemento do delicto *penal* do elemento do delicto *administrativo*. A este propósito, fizeram-se diferenciações de varia espécie, como aquella, conhecida, segundo a qual o delicto penal é infamante e o administrativo não o é. Parece acertado dirimir a questão, neste ponto, observando que a aplicação da pena, num e noutro caso, responde á acção anti-jurídica do infractor, dado que já firmámos a invariável juridicidade de todas as manifestações da função administrativa. Não podemos congruentemente contrapor o direito penal judicial ao direito penal administrativo. **A absorpção da função policial pela administração no Estado de direito explica que a administração empregue a sanção para os fins de sua ordem. Nem há, ahi, reconhecimento de uma violência, de uma situação de facto, porque se trata de actividade de um systema funccional; ha nisso uma composição de funções. [...] Isto significa, em resumo, que a executividade do acto administrativo passa além da coacção e vae até á sanção. [...] Sem embargo, notaremos uma diversificação no criterio de applicação da pena: no direito penal moderno, é preeminente a figura do infractor; no direito administrativo, o que sobresáe é a administração.** (Sem destaques no original).

Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti (1936, p. 103 et seq.), a autonomia das sanções administrativas, em relação às penais, deriva da diversa autoridade para sua imposição e de sua natureza reparatória.

Na esfera administrativa, as teorias se focaram sobre a atividade da Administração, diferentemente da esfera penal, cujo enfoque se deu na figura do acusado. Assim, os limites ao exercício do poder punitivo pela Administração diferenciaram-se daqueles exigidos na esfera penal, ao se atribuírem à atividade de polícia administrativa, quanto à aplicação de sanções, características incompatíveis com o exercício da punição penal.

A doutrina caracterizou o poder de polícia como **negativo**. Inicialmente, entendeu-se que essa atividade é apenas preventiva e que “opera de forma negativa, isto é, tende a evitar, quanto possível, o que seja contrário ao bem comum” (MASAGÃO, 19-- , p.

183), ou seja, o poder de polícia não é exercido para produzir um bem em si, apenas tutela bens existentes (MENECALE, 1950, p. 16).⁵⁷ Posteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello (1969, p. 58) e Clóvis Beznos (1979, p. 25) caracterizaram o poder de polícia como negativo, mas no sentido de que essa atividade “apenas impõe uma obrigação de não fazer aos administrados” (BEZNOS, 1979, p. 25).

Tendo em vista seu caráter **preventivo**, entendeu-se que o uso da coerção tinha a finalidade de “evitar o prejuízo decorrente daquela [regulamentar] violação, impondo as restrições em cada caso exigidas”, ainda que essas medidas preventivas pudessem ter o mesmo caráter das medidas impostas na ação repressiva (BRANDÃO CAVALCANTI, 1950, p. 368 et seq.). Diferentemente da polícia repressiva, que estaria adstrita à legalidade, os atos da polícia preventiva não estariam, pois, “embora importem em restrição à liberdade individual, não são de molde a ferir direitos essenciais, acarretando, quase sempre, uma pequenas restrições em benefício do interesse público” (BRANDÃO CAVALCANTI, 1950, p. 369).

Esses postulados ainda são sustentados por parte da doutrina brasileira. Contudo, antes mesmo da promulgação da CRFB/88, alguns foram questionados por parte da doutrina, devendo-se destacar a obra pioneira de Celso Antônio Bandeira de Mello (1969).⁵⁸ Mas foi a ordem constitucional, instaurada pela CRFB/88, que rompeu com esse sistema, propiciou questionamentos mais veementes desses postulados pela doutrina e possibilitou a construção de novos padrões para o exercício do poder de polícia.

2.2.3.3 Mudanças doutrinárias após a CRFB/88

Embora a CRFB/88 tenha se referido ao poder punitivo exercido pela Administração apenas de forma indireta; com sua promulgação, os principais contornos do exercício da atividade de polícia e do poder punitivo, exercido pela Administração, foram revistos. Os principais fundamentos, para a mudança em relação ao sistema anterior, foram os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, pautado na defesa dos direitos fundamentais e na submissão da Administração à legalidade, as normas constitucionais que reduziram sua esfera normativa e que garantiram o devido processo legal na esfera administrativa.

⁵⁷ “De onde concluiremos que, extensiva a tóda a esfera da administração, a polícia lhe é o *elemento negativo*, ‘não opera para produzir um bem por si’, não o cria, antes só exerce uma gestão tutelar, para conservar os bens que já conseguiram [...]” (MENECALE, 1950, p. 21).

⁵⁸ No mesmo sentido a obra de Clóvis Beznos (1979).

Uma das principais mudanças em relação ao sistema anterior se refere à necessidade de lei para imposição de obrigações às pessoas. Fundamentada na expressa previsão do art. 5º, II, da CRFB/88⁵⁹ e na submissão da Administração ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB/88), parte da doutrina passou a defender que as restrições a direitos fundamentais e as imposições de obrigações somente podem decorrer de lei em sentido estrito. Submeteu-se a atividade de polícia à **legalidade**.⁶⁰

Essa mudança alterou o **conceito** de atividade de polícia. Marçal Justen Filho (2008, p. 459), ao conceituá-la, afirma que “o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização dos direitos fundamentais e da democracia, **segundo os princípios da legalidade** e da proporcionalidade” (sem destaques no original). José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 75) destaca essa limitação ao conceituá-la como “a prerrogativa de direito público que, **calcada na lei**, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (sem destaques no original).

Quanto a esse princípio, Carlos Ari Sunfeld (1993, p. 30) observa que sua aplicação na esfera administrativa não é uniforme:

A análise das implicações desse princípio pode e deve ser feita sobre vários enfoques distintos: no que respeita à criação e organização dos órgãos e pessoas administrativas, à atividade interna da Administração, ao seu relacionamento com particulares. Em cada um, a aplicação do princípio da legalidade apresenta peculiaridades e graus diversos. Mesmo nas relações entre a Administração e os particulares, o conteúdo do princípio é distinto, quer se trate de relações jurídicas em que mantenha vínculo especial com aquela, quer se trate de relações jurídicas decorrentes apenas da autoridade genérica do Estado (administração ordenadora).

A exigência de que o exercício do poder de polícia tenha fundamento expresso em lei alterou também sua natureza e seu caráter discricionário.

Quanto à **natureza** da atividade de polícia, Onofre Alves Batista Júnior (2001, p.

⁵⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

⁶⁰ Conforme desenvolvido no capítulo seguinte (tópico 3.1.1), a lei deve estabelecer os limites de restrição (no caso de obrigações unilaterais) ou de disposição (no caso de obrigações bilaterais) de direitos a que os destinatários da norma se submetem. Não se admite, portanto, no sistema da CRFB/88 a transferência da função legislativa ao Poder Executivo, embora se reconheça à função regulamentar competência para incidir sobre direitos individuais.

120) enfatiza a inexistência de um poder de polícia “metafísico ou inerente à Administração”. Segundo esse autor, “*não há*, no ordenamento jurídico brasileiro, uma *cláusula geral de polícia* e muito menos nenhum dispositivo constitucional que atribua à Administração Pública um poder indeterminado e genérico de coação mesmo que em prol do interesse público”.

Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 13) defende a substituição da expressão **poder de polícia** por administração ordenadora. Segundo esse autor, aquela expressão “remete a um poder [...] que a Administração dispunha antes do Estado de Direito”; “está ligada ao modelo de Estado liberal clássico, que só devia intervir na vida privada para regulá-la negativamente” e “faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada”. Esse autor refuta a idéia de poder de polícia intrínseco à Administração por entender que “inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente, nega-lhe implicitamente” (SUNDFELD, 1993, p. 29).

Em relação à **discricionariedade**, a doutrina majoritária atual defende que, embora possam existir atos de polícia discricionários, essa característica não é intrínseca, nem imprescindível a essa atividade. Diferentemente do paradigma anterior, em que se admitia a discricionariedade como característica necessária e intrínseca a essa atividade, cabendo à lei estabelecer os casos de vinculação, defende-se que a discricionariedade, nos atos de polícia, deve ser legalmente prevista.

A doutrina de que os atos de polícia podem ser discricionários ou vinculados, conforme o condicionamento legal para sua expedição, é sustentada por Diógenes Gasparini (2008, p. 132), Marçal Justen Filho (2008, p. 470), José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 86), Onofre Alves Batista Júnior (2001, p. 99), entre outros.

Como sob o *nomen juris* poder de polícia, são englobadas atividades diversas, é necessário distinguir em relação a quais delas pode haver a discricionariedade. As medidas de polícia que cabem à Administração são as medidas cautelares, a fiscalização, a imposição e a execução de sanções.

A discricionariedade pode ser exercida apenas em relação às medidas cautelares e à fiscalização. Quanto à imposição e à execução de sanções, o exercício do poder de polícia é estritamente vinculado em razão do princípio da **tipicidade**.

Mesmo nas hipóteses em que se admite à Administração competência para expedir regulamentos que tipifiquem condutas, não há discricionariedade quanto à imposição e à execução das sanções, pois o regulamento vincula a Administração e garante às pessoas o direito subjetivo de serem sancionadas de acordo com as normas nele previstas.

Por vezes, no âmbito da discricionariedade conferida, a Administração se *auto-vincula*, ou seja, elabora *normas genéricas* em que ela enuncia os critérios que obedecerá na apreciação de determinados casos. Estes regulamentos de polícia, no caso, obrigam e passam a se constituir em limites ao exercício do Poder de Polícia Administrativa. (BATISTA JÚNIOR, 2001, p. 122).

A aplicação de penalidades demanda a tipificação da conduta proibida e a determinação da pena aplicável a cada caso. Embora exista doutrina em sentido contrário,⁶¹ após a promulgação da CRFB/88, defende-se a tipicidade como requisito de todo o direito punitivo e não apenas do direito penal (OSÓRIO, 2005, p. 262). A função da tipicidade é impedir o arbítrio, pois “sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais” (OSÓRIO, 2005, p. 265).

Os fundamentos constitucionais para exigência de tipicidade na esfera administrativa são os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Segundo Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 134):

No campo do direito administrativo sancionador o princípio da segurança jurídica dá origem ao princípio da tipicidade. A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente.

Parte da doutrina defende que não basta tipicidade para o exercício da atividade sancionadora da Administração. É necessário que a tipicidade seja respaldada em lei formal. Daniel Ferreira (2009, p. 243) entende que “descabe cogitar de uma infração administrativa a partir de uma conduta (objetiva e subjetivamente) típica salvo mediante prévia e expressa previsão em ato normativo de *status legal*”. Também Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 80 et seq.),⁶² José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 91)⁶³ e Rafael Munhoz de Mello (2007, p.

⁶¹ Jessé Torres Pereira Júnior (2002, p. 788 et seq.) adota posição segundo a qual é da natureza das penalidades administrativas “o abrandamento do rigor na tipificação da conduta que gera o juízo de reprovação”. Diante dessa natureza, defende que a Administração dispõe de espaço discricionário para dosar a penalidade apropriada, desde que observado o devido processo legal.

⁶² “O inc. XXXIX estabelece inexistir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O inc. XL insiste em que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A redação das normas denota sua inspiração na teoria do direito penal. Mas aplicam-se inquestionavelmente à atividade administrativa, ao constituírem mera individualização dos princípios gerais da legalidade e da segurança jurídica. À legalidade repugnaria a norma administrativa definir como ilícito (proibido, portanto) comportamento permitido pelo silêncio da lei. [...] Logo, não há como o decreto – ou pior, ato de escala inferior – prever infrações e criar

135) exigem que a lei formal estabeleça a conduta proibida e a correspondente sanção:

Portanto, não basta que o ilícito administrativo e a sanção administrativa retributiva sejam criados por lei formal. É preciso mais: a lei formal deve descrever de modo claro e preciso – com “densidade normativa suficiente”, nas palavras de Canotilho – tanto o comportamento proibido como a consequência que pode advir de sua prática, tanto a infração administrativa como a respectiva sanção. Ao lado da garantia formal – criação por lei – há também uma garantia material. (MELLO, 2007, p. 135).

Assim, em razão da tipicidade inexistente discricionariedade no processo de aplicação e execução das sanções punitivas (de polícia ou disciplinares) aplicadas pela Administração.

Também a **autoexecutoriedade**, poder atribuído à Administração para executar suas decisões, deixou de ser considerada característica intrínseca à atividade de polícia. A doutrina majoritária sustenta que a autoexecutoriedade somente existe nos casos expressamente previstos em lei e em situações urgentes, se necessária a atuação imediata da Administração para garantir interesses públicos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 829), a autoexecutoriedade é admitida:

a) quando a lei expressamente autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p. 119 et seq.) também nega o caráter autoexecutório de todas as medidas de polícia:

sanções administrativas: ou vêm dispostas na lei ou inexistem no mundo jurídico. Não melhora a situação o fato de o decreto ser editado com base em lei estipulando: ‘o regulamento preverá às infrações e sanções aplicáveis para realizar os objetivos da presente lei’. Tal significa delegação de poder legislativo, gravosa ao princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º). Não é só. No Estado de Direito, a lei traduz padrão de referência para as pessoas, antecipadamente cientes das consequências jurídicas (positivas ou negativas) de seus atos.” (SUNDFELD, 1993, p. 80 et seq.).

⁶³ “*Sanção administrativa* é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração. A *infração administrativa*, por sua vez, configura-se como o comportamento típico, antijurídico e reprovável idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho de função administrativa. Se a sanção resulta do exercício do poder de polícia, qualificar-se-á como *sanção de polícia*. O primeiro aspecto a ser considerado no tocante às sanções de polícia consiste na necessária observância do *princípio da legalidade*. Significa dizer que somente a lei pode instituir tais sanções com a indicação das condutas que possam constituir infrações administrativas. Ato administrativo serve apenas como meio de possibilitar a execução da norma legal sancionatória, mas não podem, por si mesmos, dar origem a apenações”. (CARVALHO FILHO, J. S., 2012, p. 91).

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a **discricionariedade**, a **autoexecutoriedade** e a **coercibilidade**, além do fato de corresponder a uma atividade negativa. [...] A **autoexecutoriedade** (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. [...] A autoexecutoriedade não existe em todas as medidas de polícia. Para que a Administração possa se utilizar dessa faculdade, é necessário que a lei a autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o direito de defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf. art. 37, §6º, da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores envolvidos.

As medidas cautelares e a execução das sanções administrativas ser autoexecutórias, desde que haja previsão legal. Mas a Administração deve garantir a **ampla defesa** e o **contraditório** ao acusado, na aplicação de quaisquer sanções, autoexecutórias ou não, conforme expressa disposição do art. 5º, LIV e LV da CRFB/88.

Contudo, a autoexecutoriedade, admitida independentemente de lei, não abrange a aplicação de penalidades, mas tão somente as medidas cautelares aplicáveis pela Administração, justificadas por situações urgentes em que sua atuação é imprescindível à proteção de direitos fundamentais. Como a aplicação de sanções punitivas não tem a finalidade de evitar dano ou perigo iminente, não há urgência, de forma que se a lei não atribuir à Administração a prerrogativa de executar suas sanções, a execução depende de demanda da Administração junto ao Poder Judiciário.

O **caráter negativo** da atividade de polícia também é objeto de questionamentos por alguns autores. Em sentido tradicional, caracterizou-se a atividade de polícia como negativa por se entender que ela objetiva evitar danos ao interesse público **ou** que impõe obrigações negativas aos administrados. Ambas as concepções são insustentáveis no ordenamento jurídico atual, conforme demonstra Onofre Alves Batista Júnior (2001, p. 115 et seq.):

Usualmente, essa característica é apresentada como um traço diferenciador do Poder de Polícia e o serviço público. De um lado, colocam o *Poder de Polícia* como limite à conduta individual, e portanto, atividade negativa, e de outro, o *serviço público*, como atividade positiva, que se traduz em atividade da Administração, que vai trazer um acréscimo aos indivíduos. Assim, é

ainda usual encontrarmos em alguns estudos a referência ao Poder de Polícia apenas como proibições e restrições negativas à atividade individual, que se manifestam, por isso, como imposições de *deveres de não fazer*. [...] Como se vê, essa característica não merece acolhida nos dias de hoje. A ação de polícia, como vimos, é apenas uma face da ação estatal de promoção do bem comum. Acontece que, se o Estado impõe, muitas das vezes, um *dever de não fazer* ao administrado, ocorre também de impor *deveres de fazer*, muito embora o que pretenda, em boa parte das vezes, é ainda uma abstenção do particular, ou mesmo evitar que atividades sejam efetuadas de maneira perigosa, danosa ou nociva a algum interesse público. [...] Restringe-se o campo de ação do particular exigindo deste uma abstenção ou um *facere*; limita-se a liberdade individual em benefício do interesse público.

Segundo Maria Sylvia Zenalla di Pietro (2099, p. 121), no contexto atual, essa atividade somente pode ser considerada negativa se entender-se que, por meio de seu exercício, ao impor obrigações legais, o Estado limita a liberdade individual. A ordem jurídica positiva atual não permite que se atribua ao poder de polícia a natureza negativa como decorrência de imposições de obrigações negativas, pois o Estado impõe condicionamentos à liberdade e à propriedade também por meio de obrigações positivas. Ao impor essas obrigações, o Estado objetiva não apenas evitar um dano, mas também criar benefícios à coletividade:

A idéia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo a imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a convivência dos direitos. Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. Mas, modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. (SUNDFELD, 1993, p. 14).

A doutrina majoritária defende postulados diversos dos sustentados no início da teorização do poder de polícia⁶⁴ e busca submeter essa atividade aos requisitos do Estado de Direito. No que concerne à atividade punitiva, inserida no conceito de polícia, esses requisitos

⁶⁴ A obra de Hely Lopes Meirelles mantém várias dessas características: a atividade de polícia é conceituada como “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (2000, p. 122). Sustenta-se que “o ato de polícia é, em princípio, *discricionário*, mas passará a ser *vinculado* se a norma legal que o rege estabelecer o modo e a forma de sua realização” e que a autoexecutoriedade é atributo inerente ao poder de polícia (MEIRELLES, 2000, p. 127). Embora as multas não gozem de autoexecutoriedade (MEIRELLES, 2000, p. 128), esse autor defende que essa característica é inerente às sanções aplicadas pela Administração (MEIRELLES, 2000, p. 130).

são a submissão da Administração à legalidade, a exigência de tipicidade para imposição de sanções, a observância do devido processo legal e limitações à discricionariedade e autoexecutoriedade administrativa. Esses temas são desenvolvidos por diversos autores em estudos dirigidos às infrações e às sanções administrativas.

Houve a alteração das bases sobre as quais se assenta a atividade administrativa. Atualmente a doutrina majoritária defende não apenas a efetividade da atividade estatal por meio do Direito Administrativo, mas sim a efetividade da atividade estatal compatível com os direitos fundamentais garantidos na CRFB/88 (JUSTEN FILHO, 2008, p. 1 et seq.).

É nesse contexto que Carlos Ari Sundfeld (1993) apresenta a proposta inovadora, que exclui o conceito de atividade de polícia da teoria do Direito Administrativo, após demonstrar a incompatibilidade das origens desse conceito com o Estado de Direito e sua insuficiência para explicar as atividades, opostas a serviço público, atribuídas às administrações públicas atuais.

Esse autor propõe “a reconstrução da ação administrativa” com a identificação de três setores: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. À primeira correspondem a prestação de serviços públicos e a gestão dos serviços sociais; à administração fomentadora, “a função de induzir [...] os particulares a adotarem certos comportamentos”; e à administração ordenadora, “as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder atividade” (SUNDFELD, 1993, p. 16 et seq.).

Segundo essa teoria, a “Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio” (SUNDFELD, 1993, p. 20). A Administração ordenadora intervém na vida privada a) ao criar direitos por ato administrativo; b) ao regular o exercício dos direitos titularizados por particulares, c) ao sacrificar direitos e d) ao impor deveres autônomos aos particulares (SUNDFELD, 1993, p. 26 et seq.).

Em relação à imposição de sanções administrativas, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda admite a presunção de culpa,⁶⁵ responsabilidade objetiva,⁶⁶ inexistência da

⁶⁵ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja

presunção de inocência,⁶⁷ atipicidade⁶⁸ e inaplicabilidade do *ne bis in idem*⁶⁹.

No Brasil, o dogma da autonomia e independência entre as instâncias impede que o poder punitivo, exercido pela Administração, seja analisado no conceito amplo de repressão estatal;⁷⁰ que, reconhece origem comum e características intrínsecas ao poder punitivo manifestadas em todas suas formas de expressão.

Embora possa se manifestar em formas diversas, reguladas e estudadas por diversas disciplinas jurídicas, o poder punitivo estatal encontra-se limitado por princípios constitucionais que lhe são aplicáveis em todas as “esferas” em que se manifesta. Se existem princípios que têm aplicação limitada à esfera penal, outros existem que são indisponíveis ao Poder Legislativo. Segundo Gonzalo Quintero Olivares (1991, p. 259, tradução livre⁷¹):

desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público [...]” (BRASIL, Lei 8.429, de 22/06/1992).

⁶⁶ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]” (BRASIL, Lei 12.529, de 30/11/2011).

⁶⁷ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade; [...]”. (BRASIL, Lei Complementar 64, de 18/05/1990.)

⁶⁸ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. [...] Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.” (BRASIL, Lei 8.666, de 12/06/1993).

⁶⁹ Conforme exposto no capítulo 4, no tópico 4.3.1.

⁷⁰ “Deste modo, frente ao aperfeiçoamento dos critérios e dos métodos do Direito Penal, o Direito sancionador administrativo tem aparecido durante muito tempo como um direito repressivo primário e arcaico, onde continuam tendo cabida as antigas e grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, do *versare in re illicita*, de hipóteses estimativas e não tipificadas legalmente das infrações sancionáveis, das provas por presunções, com traslado ao réu da carga de provar sua inocência, dos procedimentos sancionadores não contraditórios, de recursos em justiça condicionados à prévia efetividade da sanção ou dos que podem resultar a surpresa de uma *reformatio in pejus*, da persistência imprescritível da responsabilidade, da ilimitação ou indeterminação de penas ou sanções, da não aplicação de técnicas corretivas, como a do concurso de delitos, ou de causas de exclusão da responsabilidade, ou da ação, ou da antijuridicidade, ou do sistema de atenuantes, de condenas condicionais, de reabilitação do culpado, etc. Sem hipérbole podemos dizer que o Direito Administrativo sancionador é um direito repressivo pré-beccariano.” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 891).

⁷¹ No original: “[...] la sanción administrativa es también una manifestación del Poder Punitivo del Estado. Y si

[...] a sanção administrativa é também uma manifestação do Poder Punitivo do Estado. E se assim é, justo que as leis que fundamentam a atuação sancionadora da Administração se submetam também a certos *limites materiais* que procedem do significado que determinados princípios têm no Estado social e democrático de Direito.

É necessário redefinir os contornos da atividade punitiva exercida pela Administração a fim de submetê-la a esses princípios. O Direito Administrativo Sancionador deve assumir a função de garantia e efetivação dos direitos fundamentais e traçar limites racionais que permitam o exercício do poder punitivo em consonância com as garantias do Estado Democrático de Direito instaurado pela CRFB/88.

Contudo, não há identificação do Direito Penal com o Direito Administrativo Sancionador, reconhecidos como esferas diversas, embora interdependentes, de manifestação do poder punitivo estatal.⁷² Essa interdependência rejeita o dogma da separação de instâncias na forma existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois, tratando-se da mesma atividade exercida por diversas formas, além da submissão a princípios comuns, a Administração deve considerar as decisões judiciais na aplicação de sanções administrativas.

es así, justo será que las leyes que fundamenten la actuación sancionadora de la Administración se sometan también a ciertos *límites materiales* que proceden de la significación que para el Estado social y democrático de Derecho tienen determinados principios.”

⁷² “Siempre en la línea de no incurrir en simplificaciones peligrosas conviene evitar dos extremos: uno, sostener que las penas cumplen unos objetivos político-criminales determinados, de interés general, decididos por el legislador y no por los jueces que aplican normas penales, mientras que las sanciones administrativas son sólo un instrumento del que se vale la Administración para el logro de sus fines; por lo tanto, una pura manifestación de autotutela. Esta afirmación olvidaría que también la Administración ha de actuar con pleno sometimiento a la ley y al derecho y que sus normas sancionadoras forman parte de un sistema jurídico único. El otro extremo sería, lógicamente, afirmar que el derecho ‘represivo’, en general, forma un conjunto unitario y obediente a una misma política, pues no es así: Las penas son, además de la consecuencia jurídica del delito, instrumentos político-criminales dominados por ciertos límites y fines: intervención mínima, última ratio, logro, en lo posible, del ideal de reinserción, etc. Ninguna de estas características orientadoras o limitadoras se predicán de las infracciones y sanciones administrativas. Es más, con frecuencia se proponen éstas como eficaz camino para la despenalización, lo que entraña que con ellas pueden cumplirse funciones que parece conveniente extraer del derecho penal.” (OLIVARES, 1991, p. 259). (Tradução livre: Sempre com o objetivo de não incorrer em simplificações perigosas convém evitar dois extremos: um, sustentar que as penas cumprem objetivos político-criminais determinados, de interesse geral, decididos pelo legislador e não pelos juízes que aplicam normas penais, enquanto que as sanções administrativas são só um instrumento de que se vale a Administração para lograr seus fins; portanto, pura manifestação de autotutela. Esta afirmação olvidaria que também a Administração atua com plena submissão à lei e ao direito e que suas normas sancionadoras formam parte de um sistema jurídico único. O outro extremo seria, logicamente, afirmar que o direito ‘repressivo’, em geral, forma um conjunto unitário e obediente a uma mesma política, pois não é assim: As penas são, além da consequência do delito, instrumentos político-criminais dominados por certos limites e fins: intervenção mínima, *ultima ratio*, obtenção, na medida do possível, do ideal de reinserção, etc. Nenhuma dessas características orientadoras ou limitadoras são predicados das infrações e sanções administrativas. E mais, com frequência se propõem estas como eficaz caminho para a despenalização, o que implica que, com elas, possam ser cumpridas funções que parecem convenientes extrair do direito penal.”).

2.3 MANIFESTAÇÕES DO PODER PUNITIVO ESTATAL NO CONTEXTO ATUAL DO ESTADO BRASILEIRO

Tendo em vista a repressão estatal, considerada em sentido amplo, é necessário estabelecer sua(s) esfera(s) de manifestação na ordem jurídica brasileira atual. A identificação do poder punitivo parte do conceito de pena, comum à esfera penal e administrativa, como explicitado a seguir.

2.3.1 A Contingência do direito como limite ao poder punitivo

As relações interpessoais são reguladas por diversas ordens normativas. A diferenciação das normas jurídicas das demais normas sociais ocorre pela atribuição desse *status* apenas às normas que, integrando uma ordem normativa, regulam o uso da coação no meio social (KELSEN, 1998, p. 35 et seq.). Os órgãos incumbidos de produzir as normas jurídicas, aplicá-las e executar coativamente suas sanções integram o Estado, cujos fins são estabelecidos pela Constituição, que também cria os órgãos superiores encarregados de executar seus preceitos, e atribui-lhes os meios necessários à consecução dos fins estatais (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 01 et seq.).

As ordens jurídicas atribuem ao Estado a função de produzir o direito. Dessa forma, o Estado moderno é a instituição, reconhecida na ordem interna e externa, que tem, por finalidade, regular as condutas entre as diversas pessoas submetidas à determinada ordem jurídica, que identifica determinada comunidade de pessoas como uma sociedade distinta das demais (RIBEIRO, 2000, p. 731).⁷³

A existência de normas reguladoras de condutas humanas decorre de conflitos gerados pela diversidade inerente às pessoas naturais, que não pensam, nem agem de modo igualitário, pois são movidas por diversos valores e atuam de acordo com a liberdade que possuem (MARQUESI, 1999, p. 14). “Cada pessoa é diferente de todas as outras porque pode autodeterminar-se e construir a sua identidade com base em diferentes grupos, integrando-os

⁷³ “Lê-se em *Ch. Durand* (Les Etats Federaux), que – toutes lês coletivités humaines, même durables, n’ont pás d’existence juridique. A existência jurídica, adverte, é a aptidão para exercer uma atividade jurídica, a figurar ativamente nas relações de direito, nas relações reconhecidas, regidas e sancionadas por um sistema de direito positivo em vigor. A existência jurídica não pertence, isto é, não é reconhecida pelos diversos sistemas de direito positivo, a não ser que se trate de coletividades providas de certa organização. Esta condição pode não ser suficiente. Ela é, em todo caso, necessária. A organização de uma coletividade consiste essencialmente em um conjunto de regras, *expressas* ou *costumeiras*, em virtude das quais decisões tomadas (em certas condições) por certos indivíduos produzem efeitos jurídicos frente ao agrupamento interno, de todos os membros presentes e futuros.” (RIBEIRO, 2000, p. 731).

ou opondo-se ao que cada um representa” (FERREIRA, P., 2005, p. 38).

Como é derivado de valores humanos, mutáveis no tempo e no espaço, o direito é contingente e as alterações no conteúdo de suas normas são reflexos de mudanças nos valores existentes⁷⁴ na sociedade. Como esses valores não são aceitos em igual medida ou conteúdo por todos seus integrantes, um valor positivado, na norma jurídica, nem sempre é aceito por todos aqueles que se submetem a essa ordem jurídica (MARQUESI, 1999, p. 15 et seq.).

Devido a essa pluralidade, não se pode afirmar que os valores são igualmente compartilhados pelos integrantes de determinada sociedade; a proteção jurídica de determinado valor pode ser feita por mera imposição de poder. Portanto, a norma jurídica não leva ao atingimento “pacífico e ordenado de valores” (MARQUESI, 1999, p. 15 et seq.), devido ao constante embate entre os vários grupos sociais e seus valores.

O caráter contingente do direito é limite fundamental ao exercício do poder punitivo estatal em uma sociedade cuja Constituição declara, como seu fundamento, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana e determina como fim do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁷⁵ Como o exercício desse poder se caracteriza pela imposição de penas, ao se estabelecer normas jurídicas de condutas, com conseqüente sanção punitiva, deve-se considerar a mutabilidade do valor que se pretende proteger. Exige-se, portanto, que a sanção imposta seja justificada dentro da ordem valorativa resguardada pela Constituição – limitação essa inerente ao exercício de todo o poder punitivo estatal.

A CRFB/88 atribui, precipuamente, aos órgãos do Poder Legislativo, na esfera de competência atribuída a cada ente federado, o dever de estabelecer normas para regular condutas, cabendo-lhe selecionar os valores a serem protegidos pela norma jurídica. Se é certo que essa atividade legislativa é exercida com discricionariedade, devido à mutabilidade e à

⁷⁴ O direito retira suas normas de valores existentes na sociedade, mas não necessariamente de valores prevalecentes ou dominantes. A ordem jurídica pode atribuir o caráter jurídico a normas que acolhem valores de grupos minoritários ou de grupos dominantes. Todavia, considerando que o Estado, ente responsável pela fiscalização das normas, as impõe mesmo àqueles que não fazem parte da estrutura de poder e que não há condições materiais de fiscalização de todas as condutas humanas, a legitimação e eficácia das normas advêm, em grande parte, do assentimento voluntário dos destinatários aos seus comandos.

⁷⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

diversidade dos valores sociais, a escolha de condutas a serem juridicamente proibidas deve ter por base as normas e valores protegidos pela Constituição.

Nenhuma função estatal pode ser exercida de forma destoante dos fundamentos da República Federativa do Brasil e dos fins estabelecidos pelo art. 3º da CRFB/88. Essas normas constitucionais demonstram que o Estado Brasileiro admite a existência de valores diversos e os tutela, pois reconhece e protege a diversidade inerente à natureza humana.

A CRFB/88, ao proclamar que é objetivo do Estado Brasileiro construir uma sociedade livre, tem, por fim, a liberdade em todas as suas formas. Seu texto garante como direitos fundamentais a liberdade de expressão, de crença, de atividade intelectual, artística, científica, de comunicação, de locomoção, de reunião, de exercício profissional e de associação.⁷⁶ Assegurados constitucionalmente esses direitos, caberá à lei regular seu exercício, mas não poderá, sob o pretexto de garantir interesses públicos, extirpá-los ou reduzi-los de forma que seu exercício se torne inviável.

A despeito da importância dada pela CRFB/88 à liberdade, nem a liberdade, nem qualquer outro direito, caracteriza-se como absoluto no Estado de Direito. Isso porque o direito decorre da existência da sociedade, ou seja, de uma pluralidade de homens submetidos a uma ordem jurídica, e se caracteriza pela proteção de determinada pretensão de um homem em face de seu(s) semelhante(s), pretensão essa que inexistente do homem para consigo mesmo, exceto no âmbito moral.⁷⁷ A norma jurídica tem a função de regular as relações interpessoais e, ao estabelecer direitos e deveres, estabelece as pretensões de uma pessoa a serem tuteladas em relação a(às) outra(s), portanto, direitos subjetivos.

⁷⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; [...] XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

⁷⁷ “Por isso – e a este ponto adiante retornarei – não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual.” (GRAU, 2002, p. 257).

O Estado Democrático de Direito busca conferir os direitos em proporções iguais – ou o mais próximo possível da igualdade – às pessoas submetidas à ordem jurídica, a fim de impedir que existam pessoas submetidas à vontade de outrem pela ausência de direitos. Por isso, a concretização dos direitos fundamentais não ocorre apenas com a garantia de mínima intervenção do Estado nos direitos individuais liberais, mas exige sua efetiva atuação para concretização dos direitos sociais, difusos e de participação nos rumos do Estado.

Portanto, a escolha de valores tutelados e efetivados pelo Estado não pode excluir parcela da população, pois é objetivo do Estado Brasileiro a inclusão e não a exclusão, conforme estabelecido no art. 3º da CRFB/88. Reconhece-se, dessa forma, a aceitação do outro, da diversidade e da pluralidade como parte essencial e necessária à garantia da dignidade da pessoa humana, e estabelece-se, como fim do Estado, a concretização de uma sociedade solidária e sem discriminação, que inclui a aceitação da diferença.

A dignidade da pessoa humana demanda concessão a todos aqueles que se encontram submetidos à ordem jurídica de liberdade, pois, sem liberdade, a pessoa humana se torna objeto de poder de outrem. A inclusão exige que sejam garantidos meios materiais efetivos para que a liberdade formal se concretize.⁷⁸

A concretização de espaços de liberdade e a definição da forma de distribuição dos bens sociais são estabelecidas (ou mantidas) pelo Estado. Contudo, exceto se for aceita a transcendência dos direitos humanos em relação ao poder constituinte originário, não há como estabelecer limites prévios à intervenção estatal na regulação de condutas. E mesmo se aceita a transcendentalidade desses direitos, cada sociedade determina, de maneira diferenciada, a forma de exercício e os limites de liberdade das pessoas submetidas à sua ordem jurídica.⁷⁹

Reconhecidos e garantidos os direitos fundamentais pela Constituição, no atual

⁷⁸ A liberdade em seu aspecto material, como possibilidade efetiva de escolha, não prescinde da efetivação de outros direitos. O acesso, por exemplo, à informação é medida necessária para que se possibilite a alguém a liberdade de escolha, pois escolha livre pressupõe não apenas a possibilidade de escolha, como ainda o conhecimento das opções existentes e de suas consequências. Em uma sociedade capitalista, a liberdade só é garantida quando todos possuem um mínimo de propriedade, nesse sentido, tomando-se a força de trabalho como única propriedade de parcela da sociedade, há necessidade de garantia de trabalho (direito social) para que essas pessoas possam ter alguma opção e, portanto, parcela de liberdade. Segundo Eros Roberto Grau (2006, p. 201): “Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*.”

⁷⁹ A criação de ordens supranacionais com a finalidade de proteção dos direitos humanos constitui limitação ao Estado no exercício do uso da coação e, portanto, diminui a discricionariedade estatal nesse aspecto.

modelo de Estado Brasileiro, cabe ao Poder Legislativo o condicionamento de seu exercício, tendo em vista que nenhum direito existe em absoluto.⁸⁰ Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 805) leciona que:

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Esses “objetivos públicos” devem ser compreendidos como aqueles estampados no art. 3º da CRFB/88. Eros Roberto Grau (2006, p. 224) defende que a sociedade justa, descrita no art. 3º, I, da CRFB/88, é a que concretiza a justiça social; no caso brasileiro, a que efetiva os direitos constitucionais àqueles que estão submetidos à sua ordem jurídica. O condicionamento, quanto ao exercício dos direitos, especialmente da propriedade e da liberdade, em todas as suas formas, é a formulação jurídica do uso desses bens no ordenamento de cada país a fim de atingir os fins constitucionalmente determinados (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 807; GRAU, 2006, p. 205).

A legitimação e o grau de intervenção do direito advêm do contexto social em que se encontra inserido, motivo pelo qual:

[...] os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. (SARLET, 2005, p. 350).

A extensão de tais direitos demonstra o grau de democracia, pois a sociedade democrática garante os direitos em medida mais ou menos equânime a todos os seus integrantes, o que possibilita a realização individual na sociedade (GRAU, 2006, p. 197 et seq.). Se, por um lado, os direitos apenas existem no contexto social e se o direito é produzido com base nos valores de determinada sociedade, por outro lado, não é possível que a sociedade despreze, por completo, a individualidade existente em cada pessoa submetida à

⁸⁰ O reconhecimento da liberdade, por exemplo, como direito absoluto, implica que seu titular possa fazer o que quiser e submeter as outras pessoas aos seus desejos. Nesse contexto, essas pessoas não teriam liberdade em relação ao titular desse direito, como ocorreu em relação aos soberanos nos modelos absolutistas. A medida da democracia é a equanimidade com que os direitos são distribuídos no meio social, de forma que, atribuídos de forma limitada possam ser limitadamente exercidos por todos.

ordem jurídica (KELSEN, 1998, 46 et seq.).

José Querino Tavares Neto e Katya Kozicki (2008, p. 66) lecionam que a “construção de uma sociedade mais coerente e justa passa pela valorização da alteridade como categoria de análise como elemento cimentar”. Segundo esses autores:

[...] é importante salientar que, para superação das questões *etnocêntricas* (visão que toma a própria cultura como centro e medida de toda e qualquer comparação, promovendo com isso tanto a valorização da cultura do que observa como a desvalorização do que é observado, sempre a partir de um sistema de valores aceitos pela cultura daquele que observa) está a necessidade de reconhecimento das diferenças nas relações de gênero, étnicas, raciais, religiosas, culturais, sociais, etc. A sociedade, no tocante a tais demandas, na realidade depara-se com o encontro – que não deve ser confronto – *com o outro*, com a diferença. Esta é a questão fulcral da problemática em relação à temática dos direitos humanos e sua imbricação com o direito constitucional, que no tocante ao processo regulatório não pode prescindir nem do Estado, sob pena de ilegalidade; nem da sociedade, sob pena de ilegitimidade. (TAVARES NETO; KOZICKI, 2008, p. 67).

A alteridade não prescinde do direito. Vasco Duarte de Almeida (2005, p. 643 et seq.) leciona que a ordem jurídica torna possível a efetivação dos direitos fundamentais em relação a todos que se encontram submetidos a ela.⁸¹ A ordem jurídica, em sua função de alterar a realidade, consoante determinado pelo art. 3º da CRFB/88, trata de conflitos humanos e busca resolvê-los de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Esses princípios se impõem ao Estado no exercício de seu poder punitivo.

2.3.2. A pena como delimitação do poder punitivo

Os conflitos, surgidos na ordem social, podem ser resolvidos por diversos mecanismos. Identificam-se quatro mecanismos principais de resolução de conflitos: o reparador, o conciliador, o terapêutico e o punitivo (ZAFFARONI et al., 2011, p. 87).⁸²

⁸¹ “A ordem jurídica traz assim necessariamente especificação aos valores: confiando só nas restantes práticas sociais nunca teríamos bem a certeza de quais os valores que nos obrigam ou a que estamos vinculados. Mas não se trata de uma especificação qualquer. O direito pretende garantir a realização efectiva de um certo número de valores comunitários e pessoais. Ora, neste domínio prático as condições de realização dependem mais da escassez que da abundância de meios, impondo escolhas alternativas e por vezes dilemáticas. Por outro lado, os valores são precários, necessitando ser reafirmados a todo o momento para conservarem a sua validade social. O direito, pelo seu carácter institucional, empresta-lhes precisamente a durabilidade de que carecem. Finalmente, o sistema jurídico oferece caminhos para a solução da inconsistência ou incompatibilidade entre os diversos valores, bem como para a redução da subjetividade das avaliações individuais sobre a sua existência e alcance. O direito começa por receber os valores num certo doseamento ou proporção.” (ALMEIDA, V., 2005, p. 643 et seq).

⁸² Esses mecanismos são identificados com base na obra de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis (1997, p. 99 et seq.): “Chamar um fato de ‘crime’ – ou de ‘delito’ – significa limitar extraordinariamente as

Esses mecanismos podem ser utilizados pelo Poder Legislativo ao regular os conflitos sociais. Conforme lecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2011, p. 87), enquanto os mecanismos reparador, conciliatório e terapêutico solucionam os conflitos sociais, fazendo-os desaparecerem da ordem social, o mecanismo punitivo não é capaz de solucioná-los e de efetivamente por fim a eles. Os autores afirmam que a decisão imposta pelo Estado, por meio desse mecanismo, suspende o conflito até que o transcurso do tempo se encarregue de resolvê-lo.

Ainda segundo esses autores, enquanto os primeiros mecanismos efetivam os direitos fundamentais e concretizam o modelo de Estado de Direito, o mecanismo punitivo caracteriza instrumento típico do Estado de Polícia (ZAFFARONI et al., 2011, p. 41 et seq.). Consoante a essa teoria, “o estado de direito não passa de uma barreira a repressar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 41).⁸³

Os autores afirmam a existência de duas tendências nos estados modernos: “uma que visa a conservar e reforçar o poder vertical arbitrário” e outra que “procura limitar e

possibilidades de compreender o que aconteceu e providenciar uma resposta. Se as interpretações abstratas e redutoras que o sistema penal aplica aos acontecimentos fossem substituídas por interpretações naturais, nascidas dos indivíduos e não da estrutura sócio-estatal, seria possível desenvolver diferentes tipos de reação. Uma parábola poderá fazer entender isso melhor. Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: ‘o que a gente tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague’. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: ‘ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...’. O último, enfim, sussurra: ‘a gente achava que se entendia bem, mas algumas coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos juntos fazer um exame de consciência’. Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador [...]. Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação **punitiva**, freqüentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc...”

⁸³ Os autores afirmam que, enquanto o Estado de Direito procura submeter todos os habitantes à lei, no Estado de Polícia, “os habitantes são subordinados ao poder daqueles que mandam” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 41). O antagonismo desses modelos manifesta-se nos mecanismos utilizados diante dos conflitos sociais: “Frente aos conflitos, as atitudes do estado de direito e do estado de polícia são com clareza antagônicas, pois enquanto o estado de direito pretende resolver os conflitos sociais e, por conseguinte, suas agências são concebidas como provedoras de soluções, o estado de polícia deseja suprimir os conflitos e, portanto, suas agências são concebidas como realizadoras da vontade repressiva. As agências jurídicas do primeiro tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo, o respeito à vontade hegemônica. As tendências extremas se exemplificam com alguma ditadura genocida e algum governo constitucional, mas se omite que em todo estado de direito histórico (real) ocorrem progressos e retrocessos: *em qualquer tipo de poder político institucionalizado em forma de estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico*. O estado de polícia não desaparece porque cada agência pretende estender seu poder até o arbítrio, porque a competitividade é inerente à dinâmica do poder e ao estímulo para eludir as regras estabelecidas.” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 94 et seq.).

horizontalizar tal poder”. A primeira, representante do Estado de Polícia, suprime os conflitos por meio da manutenção do indivíduo em “seu nível hierárquico”; e a segunda, correspondente ao Estado de Direito, objetiva resolver os conflitos por meio de “soluções que satisfaçam às partes” e atua “entre pessoas consideradas igualmente dignas” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 95 et seq.). O sistema punitivo “cumprir *uma função substancialmente simbólica* perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente *simbólica*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 76).

A distinção entre Estado de Polícia e Estado de Direito ideais, sem correspondentes na realidade, é contraditória com a análise do poder punitivo estatal com base em dados reais. Nos modelos reais, nos estados que realmente existem, o poder punitivo é exercido e, constitucionalmente, regulado. Assim, a diferença entre Estado de Polícia e Estado de Direito não se baseia na utilização, ou não, do mecanismo punitivo para solução dos conflitos, tendo em vista que todos os estados o consagram.

Contudo, no Estado de Direito, o uso do poder punitivo baseia-se em critérios de racionalidade que objetivam impedir o arbítrio de alguns sobre a maioria. Portanto, a diferença advém da regulação de seu exercício e dos meios e modos pelos quais se exerce esse poder.

A CRFB/88, que estabelece o modelo de Estado de Direito, legitima o uso do sistema punitivo, mas submete seu exercício aos princípios inerentes a esse modelo de Estado. A fim de estabelecer o âmbito sobre o qual recairão, obrigatoriamente, esses princípios, é necessário caracterizar o poder punitivo, cuja extensão deve se basear no conceito de pena.

2.3.2.1 Identificação da pena

A doutrina atribui à pena finalidades de prevenção geral ou especial⁸⁴ e a identifica com base nessas finalidades.⁸⁵ Todavia, essa definição da pena deve ser rejeitada,

⁸⁴ As funções preventivas da pena classificam-se em geral ou especial. A **prevenção geral** destina-se aos integrantes da comunidade, abstratamente considerados. Em seu aspecto **negativo**, lhe são atribuídos efeitos de intimidação e de dissuasão do potencial infrator, enquanto, em seu aspecto **positivo**, a pena motivaria as pessoas a atuarem em consonância com o direito, por produzir a atualização da vigência e confirmação das normas e valores dos bens jurídicos. A **prevenção especial** atinge diretamente o infrator da norma e é classificada em prevenção especial **positiva**, que tem por finalidade a ressocialização do infrator, e prevenção especial **negativa**, cuja finalidade é a inoção do apenado, por meio da atemorização que o impeça ou o leve a não repetir a conduta proibida.

⁸⁵ “Toda construção dogmática tende a um modelo de regra que torne previsível e racional o exercício do poder dos juristas. Em outras palavras, é imprescindível a existência de decisões não contraditórias nos conflitos

pois quaisquer fins que lhe tenham sido atribuídos para diferenciá-la de outras formas de coerção estatal ou não se concretizam ou simplesmente não podem ser comprovados (KARAM, 2000, p. 331 et seq.).⁸⁶

A construção do saber jurídico, que busca compatibilizar o exercício do poder punitivo com os princípios inerentes ao Estado de Direito, não pode se desvincular de dados reais, sob pena de se transformar em mecanismo de legitimação e não de racionalização do poder punitivo (ZAFFARONI, 2001, p. 183 et seq.).

Esses dados demonstram que, embora a pena seja real, sua finalidade é desconhecida. Com base nessa circunstância, teoriza-se sobre a natureza agnóstica da pena (ZAFFARONI et al., 2011, p. 99). Enquanto se reconhecer ao exercício desse poder estatal finalidades, não apenas intangíveis, mas também irreais, possibilitar-se-á seu exercício ao largo dos direitos fundamentais consagrados na CRFB/88.

O caráter agnóstico da pena possibilita a inserção no conceito amplo de repressão estatal de determinadas atividades estatais, atualmente exercidas fora dos limites constitucionais quanto ao exercício desse poder.⁸⁷

selecionados pelas agências executivas do sistema penal e submetidos à agência judicial. [...] Os componentes legitimantes devem começar por atribuir uma função à pena que pretenda ser *racional* e estar submetida à legalidade. De acordo com a função atribuída é possível derivar, *dedutivamente*, uma construção teórica abrangendo os componentes pautadores; cada teoria da pena converte-se, portanto, em uma teoria do direito penal. Deste modo, cada justificativa ou legitimação da pena representa uma teoria do direito penal que abarca e submerge a totalidade da função pautadora, pois esta se limita a derivar-se dedutivamente como projeto ou planificação do exercício de poder da agência judicial.” (ZAFFARONI, 2001, p. 183).

⁸⁶ Segundo David Garland (2008, p. 50 et seq.), o declínio do ideal de reabilitação gerou, no contexto atual, a retomada do viés retributivo das penas: “[...] hoje em dia, os programas de reabilitação não mais reivindicam o *status* de expressão máxima da ideologia do sistema, nem mesmo a posição de objetivo primordial de qualquer medida penal. [...] As possibilidades de reabilitação das medidas da justiça criminal são rotineiramente subordinadas a outros objetivos penais, especialmente a retribuição, a neutralização e o gerenciamento de riscos”. O mesmo autor afirma que “o mote aparente da política é agora mais a revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição que um compromisso com a construção de soluções sociais justas.” (GARLAND, 2008, p. 51, 54).

⁸⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores pretendem inserir no conteúdo do poder punitivo coerções estatais que se encontram fora do estudo do Direito Penal. Defendem que representa o exercício do poder punitivo e, portanto, a esfera do Direito Penal, as leis penais manifestas, as leis penais latentes e as leis penais eventuais. Segundo os autores “Para evitar tal expediente é necessário construir o *conceito de lei penal* de modo que abranja: a) as *leis penais manifestas* [...]; b) as *leis penais latentes* que, com qualquer função manifesta não punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária etc.) habilitem o exercício de um poder punitivo; quando elas são reconhecidas, devem passar a fazer parte do objeto de interpretação do direito penal indevidamente subtraídos dos limites do direito penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa, ainda que seja apenas para proclamar sua inconstitucionalidade; c) as leis restantes com função punitiva eventual são *leis penais eventuais* (ou *eventualmente penais*): aparecem quando o exercício do poder estatal ou não-estatal, habilitado por leis que não têm funções punitivas manifestas latentes, eventualmente (em alguns casos) pode ser exercido como poder punitivo, segundo o uso que delas façam as respectivas agências ou seus operadores [...]; são leis penais eventuais aquelas que habilitam a coerção direta policial, que adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso.

No modelo atual, o âmbito do poder punitivo é delimitado arbitrariamente pelo Poder Legislativo, ao atribuir a nomenclatura de crime ou contravenção a determinadas condutas.⁸⁸ Contudo, o âmbito de proteção dos direitos constitucionais que limitam a atuação do Poder Legislativo não deve estar sujeito à decisão desse Poder, pois, dessa forma, bastaria que a lei estabelecesse nomenclatura diferenciada para excluir garantias constitucionais que condicionam o exercício do poder punitivo.

Para tanto, “[...] impõe-se, com urgência, *determinar o âmbito do saber penal com base em dados corretos, que o retirem do arbítrio do exercício do poder das agências legislativas*” (ZAFFARONI, 2001, p. 186). Sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 202) expõe que:

O conceito de pena não pode ser proporcionado por nenhum discurso legitimante e tampouco pode ficar em mãos do legislador. Não pode haver um saber que aspire à dignidade acadêmica e cujo âmbito dependa de um puro ato de poder político. Ao poder político compete até certo ponto definir quais condutas devem ou não ser submetidas à pena, pois isso integra seu exercício no marco do fato de poder do sistema penal. A agência política, no entanto, não pode superar todo o limite de irracionalidade e inventar a “pena” e a “não-pena”. Em sua seleção ou contribuição ao campo seletivo das agências executivas, a agência política possui também um máximo de irracionalidade admissível, que a obriga a respeitar dados mínimos da realidade. Assim, como não pode converter em conduta humana qualquer fato, nem desconhecer o caráter de conduta ao fato humano que a configure, tampouco pode negar o dado real ao conteúdo da pena. O legislador pode fazer muitas coisas; mas, entre outras, *não tem poder para dizer que o doloroso não dói*.

Eugenio Raúl Zaffaroni e outros (2011, p. 99) definem a pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”.

Esse conceito de pena caracteriza o sistema punitivo e não a esfera de atuação do direito penal. Os dados utilizados para identificar o sistema punitivo serão a infligência de dor e, por exclusão, sua “inadequação aos modelos de solução de conflitos dos demais ramos

Boa parte delas implica tal risco de eventualidade penal que o próprio legislador acaba por torná-las manifestamente penais para submetê-las ao controle e aos limites do direito penal [...].” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 89).

⁸⁸ “O âmbito do ‘penal’ é delimitado pela pena e o conceito de ‘pena’ é definido por um ato batismo legislativo. Assim, cabe à agência legislativa (ou política) decidir o horizonte de projeção do saber penal. Um fato de poder da agência legislativa decide, portanto, o que fica dentro e o que fica fora do saber penal, do discurso jurídico-penal. [...] O discurso jurídico-penal esforça-se para racionalizar estes ‘recortes’ de tal maneira que permitam conservar seu horizonte de projeção, sem entrar em conflito com o exercício de poder das agências não judiciais.” (ZAFFARONI, 2001, p. 185).

jurídicos” (ZAFFARONI, 2001, p. 204).

Considerando o âmbito residual em que esses autores inserem a pena, eles distinguem essas medidas das sanções reparatórias, da execução subsidiária pela Administração do ato omitido pelo particular, das multas coercitivas e da coerção direta e ainda postulam que, enquanto essas medidas podem ser aplicadas pelas agências executivas, as penas são de aplicação privativa do Poder Judiciário.

Esses mesmos autores defendem a existência de leis penais manifestas ao lado de leis com funções penais tácitas ou eventuais e exigem a necessidade de transferência para as agências judiciais do monopólio das decisões quanto à aplicação dessas leis (ZAFFARONI et al., 2011, p. 350). Para esses autores, as agências integrantes do Poder Executivo (órgãos administrativos) são absolutamente incompetentes para a aplicação de quaisquer penas, pois, em razão do princípio da separação de poderes, essa função é precípua do Poder Judiciário (ZAFFARONI et al., 2011, p. 351 et seq.).

Embora se reconheça a necessidade de limitação do exercício do poder punitivo pelas agências executivas, a CRFB/88 ressalva a possibilidade de aplicação de penalidades pela Administração Pública, como se depreende de seus arts. 41, II, §2º e 114, VII.⁸⁹

Como a pena tem finalidade desconhecida, ela é diferenciada de outras medidas coativas pela finalidade e pelo fundamento de cada uma dessas no sistema. Há, contudo, um requisito inicial para a caracterização da pena: sua aplicação demanda a constatação de um ato ilícito por parte da pessoa que a sofre.⁹⁰ Portanto, não se incluem no conceito de pena as obrigações onerosas, impostas às pessoas que submetidas à ordem jurídica, cujo pressuposto não seja a ilicitude de uma conduta anterior.

O pagamento de tributos, o cumprimento de requisitos prévios para exercício de uma atividade econômica, as desapropriações estatais e todos os demais ônus impostos pela ordem jurídica, que não decorram do descumprimento de uma obrigação jurídica, não

⁸⁹ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. §1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; [...] §2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. [...] Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

⁹⁰ A exigência de que a pena seja imposta à pessoa que comete o ato ilícito decorre da imposição constitucional da individualização da pena (conforme desenvolvido no Capítulo 5, tópico. 5.1.1). O afastamento dos ônus sociais do conceito de pena decorre da existência de conduta ilícita para aplicação dessa.

caracterizam exercício do poder punitivo. Essa exclusão ocorre:

[...] na medida em que estes atos de coerção não são ligados, como conseqüências, a uma determinada ação ou omissão de certo indivíduo, ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente fixada, porquanto o seu pressuposto não é um ato ilícito ou delito juridicamente prefixado e cometido por um determinado indivíduo. O ato ilícito ou delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mais corretamente, à sua verificação num processo juridicamente regulado se ligar um ato de coerção, pelo fato de a ordem jurídica a tornar pressuposto de um ato de coerção por ela estatuído. E este ato de coerção apenas pode, como sanção (no sentido de conseqüência de um ato ilícito), distinguir-se de outros atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica na medida em que o fato condicionante ou pressuposto deste ato de coerção é uma determinada ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente prefixada, ao passo que os atos de coerção não qualificados como sanções, no sentido de conseqüência do ilícito, são condicionados por outros fatos. (KELSEN, 1998, p. 44 et seq.).

A ilicitude de uma conduta, ainda que não seja requisito necessário à imposição da pena, não a qualifica. Os atos ilícitos podem levar à imposição de outras medidas de coação estatal, excluídas do conceito de pena devido a suas finalidades.

2.3.2.2 Pena e medidas reparatorias

As medidas reparatorias são aplicadas na esfera da responsabilidade civil, que caracteriza mecanismo de solução de conflitos referente ao método reparador (ZAFFARONI et al., 2011, p. 101).

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e outros (2011, p. 101), a “diferença entre as duas coerções provém da díspar natureza *abstracta* dos modelos a que correspondem: ao passo que o modelo reparador ou restitutivo é de *solução* de conflitos, o punitivo é de *decisão* de conflitos”. Para os autores, o método reparador soluciona conflitos sociais, mediante a aplicação da medida que determina a restauração do *status quo ante*, enquanto o modelo punitivo não soluciona o conflito, apenas permite que o Estado, mediante um ato de poder, decida o conflito, sem que se possa dizer que esse se encontra solucionado no contexto social.

Os mesmos autores sustentam que a ampliação do modelo reparador é desejável por trazer verdadeira melhoria na coexistência, “ao passo que o avanço da criminalização secundária em direção à impossível realização total do programa de criminalização primária aniquilaria a coexistência” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 101).

As medidas reparatorias têm fundamento e finalidade conhecidas na ordem jurídica. São medidas cujo fundamento é o dano causado por uma pessoa ao patrimônio material ou moral de outra e cuja finalidade é a restauração do *status quo ante*. Embora as

medidas reparatórias possam ter, como pressuposto, a prática de ato ilícito, seu principal fundamento é o dano, motivo pelo qual se admite a incidência da responsabilidade civil mesmo por práticas de condutas lícitas.

Na esfera civil, a ilicitude da conduta deriva da culpa *lato sensu* na efetivação do dano e dá ensejo à responsabilidade civil subjetiva. Em determinadas situações, legalmente previstas, mesmo a exigência de culpa *lato sensu* é dispensada. Diz-se, nesses casos, que a conduta é lícita, pois praticada em exercício regular de direito, mas, se lesiva, obriga seu autor a indenizar o lesado. Caracteriza-se, nessas hipóteses, a responsabilidade civil objetiva.

A ilicitude que gera a imposição de penas não tem por fundamento o dano material ou moral. Caracteriza-se pelo descumprimento da norma que determina a conduta como obrigatória ou proibida. Assim, sem a previsão abstrata da conduta específica – da obrigação devida – não se admite a imposição de sanções punitivas. Por isso, as sanções punitivas têm como fundamento a reprovabilidade social da conduta, derivada de sua abstrata previsão normativa como ilícita.

As medidas reparatórias podem ser impostas sem tipificação da conduta específica. Há, contudo, a tipificação pelo resultado: a conduta lesiva gera o dever de indenizar.

Devido à finalidade reparatória, a tipicidade e a responsabilidade subjetiva não são exigíveis na sanção reparatória. Admite-se a responsabilidade solidária, subsidiária e por ato de terceiros, tendo em vista a inaplicabilidade do princípio da individualização da pena, bem como sua cumulação com sanções punitivas, por serem medidas diversas.

O mecanismo reparador não libera às agências executivas o exercício do poder de controle configurador positivo da vida social, pois, via de regra,⁹¹ atribui à esfera privada a

⁹¹ Em certas hipóteses, tratando-se de direitos de pessoas hipossuficientes ou de direitos coletivos e difusos, a ordem jurídica brasileira atribui a agências executivas a competência para postular a reparação de danos. Nesses casos, o poder de configuração positiva da vida social também é liberado. “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística. [...] Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. [...] §3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.” (BRASIL, Lei 7.343, de 24/07/1985).

busca pela solução dos conflitos.

As medidas reparatórias existem nas relações entre as pessoas particulares e nas relações dessas com o Estado.

Na relação entre as pessoas e o Estado, a obrigação estatal é objetiva,⁹² pois se baseia na isonomia quanto aos ônus necessários à consecução do interesse público. Apenas em relação às condutas omissivas atribuídas ao Estado, exige-se a configuração de ato ilícito, caracterizado pelo dever e possibilidade de o Estado agir, se sua omissão gerou o dano. A responsabilidade dos agentes públicos, por danos causados ao Estado ou a terceiros, no exercício da função pública, é subjetiva, nos termos constitucionais.

A responsabilidade das pessoas em relação ao Estado pode ser objetiva ou subjetiva, conforme as normas que regem a relação jurídica.

A ordem jurídica garante à Administração Pública a competência para aferir o valor devido por danos causados ao patrimônio estatal por outras pessoas, às quais garantem-se o direito à revisão judicial e o devido processo legal. Em determinadas hipóteses, o valor a ser pago a título de reposição já se encontra normativamente previsto.⁹³

Embora as medidas reparatórias, aplicadas pela Administração, tenham exigibilidade, elas não têm autoexecutoriedade. Na ausência de pagamento voluntário, a Administração deve se valer dos meios judiciais cabíveis para a cobrança do débito.

Se a Administração, com o objetivo de ressarcir-se de um dano, denomina a medida reparatória por qualquer outro nome, sua natureza não desaparece e o adimplemento dessa obrigação impossibilita nova cobrança reparatória, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. Embora determinadas nomenclaturas atribuídas às medidas reparatórias possam levar à sua associação com as penas, se seu fundamento é o dano causado e sua finalidade é a restituição ao *status quo ante*, reconhece-se sua natureza reparatória. Todavia,

⁹² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

⁹³ “Art. 14. À opção do contribuinte, o saldo do imposto a pagar poderá ser parcelado em até 8 (oito) quotas iguais, mensais e sucessivas, observado o seguinte: [...] II - a primeira quota deverá ser paga no mês fixado para a entrega da declaração de rendimentos; III - as demais quotas, acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior ao do pagamento e de 1% no mês do pagamento, vencerão no último dia útil de cada mês.” (BRASIL, Lei 9.250, de 26/12/1995).

se a medida não tiver relação com dano causado à Administração, não há que se falar em sanção reparatória, independentemente de sua nomenclatura.⁹⁴

2.3.2.3 Pena e medidas cautelares

No modelo proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2011, p. 105), a coerção direta qualifica-se pelo dever da autoridade administrativa (integrante das agências executivas) de interferir para impedir dano ou perigo de dano imediato:

A coerção direta de execução diferida ou prolongada é a que se confunde mais frequentemente com a pena. [...] A respeito dessa confusão, cabe insistir em que enquanto uma atividade lesiva perdurar a força empregada para detê-la não constituiu pena, mas sim coerção direta. Um empreendimento criminal é uma atividade grupal compartilhada cuja continuidade deve ser interrompida pelo estado, de modo que enquanto seu poder estiver voltado para esse objetivo temos coerção direta e não punição. [...] Qualquer que seja o título ou denominação a ser invocado para seu exercício, o dado de realidade determinante será que se trata de um poder exercido para a interrupção da atividade grupal delituosa. Deve-se ter presente, porém, que, em qualquer caso, a partir do momento em que se desbarate a atividade grupal, ou no qual cesse ela espontaneamente ou, por qualquer outra razão, seja interrompida sem o perigo de retorno iminente, o poder que continuar sendo exercido sobre as pessoas envolvidas será poder punitivo e deixará de cumprir uma função limpidamente determinadas.

A coerção direta não se caracteriza como pena enquanto é aplicada na medida necessária para afastar danos ou perigos iminentes, mas, cessada a lesão ou o perigo, o exercício do poder punitivo torna-se evidente, devendo-se submeter, portanto, a todos os requisitos constitucionais estipulados a seu exercício (ZAFFARONI et al., 2011, p. 104). Como os autores caracterizam as normas que habilitam a coerção direta como normas eventualmente penais, eles defendem também amplo controle judicial sobre essas medidas (ZAFFARONI et al., 2011, p. 106).

No Brasil, a coerção direta é denominada pela doutrina de medida cautelar,

⁹⁴ Essa finalidade específica começa a ser alterada pelos tribunais, especialmente pelo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconhecem, ao aplicar a sanção reparatória, finalidades de reparação e de reprovação (punição) da conduta do agente: “1. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúbia função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. [...]” (BRASIL, STJ, AgRg no Ag 1.251.348/RJ). “[...] O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.” (BRASIL, STJ, EDcl no REsp 845.001/MG). A finalidade punitiva atribuída à responsabilidade civil aproxima as sanções civis das sanções punitivas e torna necessário que sua aplicação seja feita em consonância com limites constitucionais impostos ao poder punitivo.

medida coativa (preventiva ou repressiva) ou medida acautelatória e é estudada no conceito amplo de poder de polícia.

Daniel Ferreira (2009, p. 86 et seq.) distingue as sanções punitivas das medidas cautelares, por ele denominadas de sanção coação. Conforme esse autor, enquanto as sanções punitivas visam a desestimular o infrator a exercer conduta contrária à norma jurídica; as sanções coação visam a recompor a ordem jurídica, se aplicadas posteriormente ao cometimento de uma conduta antinormativa (medida repressiva coativa); ou a prevenir “turbações a interesses juridicamente protegidos”, se aplicadas antes do cometimento da conduta antinormativa (medida preventiva coação). O autor explica que:

[...] todas as hipotéticas situações adrede referidas não configuram condutas *ilícitas* (também em senso estrito), mas apenas condutas *antinormativas* (porque apenas – *sic* – contrárias a uma destacada previsão legal), e que, por isso mesmo, não têm na “sanção-sanção” (a sanção *stricto sensu*) o seu *ordinário* correspondente lógico-jurídico. *A sanção se realiza como resposta jurídica de modo exatamente a desestimular a incursão no ilícito* – e possui, portanto, natureza *repressiva e restritiva de direitos*, podendo ser assumida como um mal, um castigo mesmo, mas apenas quando recaída sobre o infrator. (FERREIRA, D., 2009, p. 89 et seq.).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 846) também diferencia as sanções administrativas das medidas cautelares, que denomina de providências administrativas acautelatórias, com base na finalidade diversa dessas medidas. Segundo esse autor, as “providências administrativas acautelatórias” são medidas administrativas que visam à prevenção de danos ao interesse público ou à ordem administrativa, sem finalidade de intimidar os infratores. Elas visam apenas a paralisar comportamentos ou efeitos danosos ou a impedir que esses se desencadeiem.

O magistério de Fábio Medina Osório (2005, p. 108) também é nesse sentido:

O certo é que o parentesco das medidas de polícia com as sanções administrativas é forte, podendo produzir confusões. Um critério adequado diz respeito à funcionalidade cautelar ou punitiva. Quando uma medida é aplicada com o objetivo acautelatório, para preservar direitos ou provas, certamente estaremos diante do poder de polícia, que se reveste de uma dimensão processual direcionada à legitimação da tutela urgente de interesses difusos ou coletivos, através da atuação do Poder Público. As medidas punitivas buscam uma resposta estatal dotada de maior estabilidade, dando resolução a problemas que se revistam de natureza perigosa.

A distinção teórica entre medidas cautelares e punitivas, impostas pela Administração, tem por fundamento a finalidade diferenciada que se atribui à medida

cautelar, caracterizada pela necessidade de imediata atuação da Administração para impedir danos aos interesses que deve proteger. Essa finalidade é sustentada ainda que a medida cautelar seja satisfativa.

Devido à finalidade das medidas cautelares, a autoexecutoriedade é admitida mesmo na ausência de norma legal expressa.⁹⁵ Segundo a doutrina majoritária, na ausência de lei, a Administração pode se valer de medidas cautelares necessárias a evitar danos, se a medida se “constituir em meio indispensável ao cumprimento das finalidades públicas, ou seja, ao resguardo do interesse coletivo em casos de urgência” (ARAÚJO, 2005, p. 37).⁹⁶

Essa distinção teórica nem sempre se faz perceptível na prática administrativa.⁹⁷ Qual a urgência que habilita o exercício das medidas cautelares na ausência de lei? Quais direitos a serem protegidos permitem que órgãos administrativos executem suas decisões antes do processo contraditório? A diferenciação, no caso concreto, se torna complexa nas situações em que a lei qualifica uma mesma medida administrativa como cautelar e como sanção administrativa, e em situações em que a medida cautelar caracteriza adiantamento da imposição de uma sanção administrativa.

No Código de Trânsito Brasileiro (CTB) existem determinadas medidas cautelares, denominadas “medidas administrativas”, cuja imposição implica a direta suspensão do direito de dirigir. Em outras situações, a lei denomina, por nomes diversos (remoção e/ou apreensão do veículo), medidas que têm os mesmos efeitos a despeito de uma

⁹⁵ Conforme desenvolvido neste Capítulo, tópico 2.2.3.3.

⁹⁶ No mesmo sentido: Diógenes Gasparini (2008, p. 77), Marçal Justen Filho (2008, p. 284) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 413 et seq.). Em sentido contrário, Onofre Alves Batista Júnior (2001, p. 101 et seq.) admite a autoexecutoriedade somente diante de expressa previsão legal.

⁹⁷ “Acreditamos que seja de todo aconselhável que as medidas repressivas necessárias para sustentar os efeitos nocentes de uma ação infratora já iniciada ganhem *status* de medida administrativa cautelar nos casos em que elas afetem o mesmo direito ou liberdade que poderá vir a ser alcançado por sanção administrativa subsequente, em virtude de a infração cometida pelo administrado estar sujeita, por norma, a punição. Voltemos ao caso do administrado que tem de ser autorizado pela Administração para exercer determinada atividade. Se ele começa a exercer essa atividade sem obter o indispensável ato permissivo, a medida administrativa que o constanja a interrompê-la será necessariamente medida repressiva, nunca sanção administrativa geral, pela simples razão de que a Administração não poderia restringir um direito que o administrado jamais teve, uma vez que o exercício da atividade em questão era-lhe, desde o início, vedada. Outra será a situação se o administrado obtiver a devida autorização, mas no desenvolvimento das suas funções praticar infração administrativa, a qual, para ter os seus efeitos danosos interrompidos, demande a inflicção da *medida repressiva* de suspensão da atividade, e, pela sua gravidade, esteja sujeita à *sanção administrativa* de cassação da autorização concedida, com a conseqüente interdição do exercício dessa atividade. Ambas essas medidas restringirão, pois, o direito do administrado de exercer determinada atividade. Nesta hipótese, como a medida repressiva será inegavelmente preparatória da sanção administrativa geral e possuirá efeitos perduráveis, ela deverá ser imposta dentro de procedimento administrativo punitivo prévia ou simultaneamente instaurado e após a audiência dos interessados, sobretudo do administrado que por ela será atingido, se tal fato não implicar risco para a eficácia da medida.” (PRATES, 2005, p. 200 et seq.).

se caracterizar como medida cautelar e outra como sanção administrativa. Como exemplo, a medida administrativa de “retenção do documento de habilitação” aplicável em casos em que se comina a sanção de suspensão do direito de dirigir, ou a remoção do veículo, quando a pena aplicável é a apreensão do veículo.⁹⁸

Esta distinção se baseia na diferenciação entre prevenção, a ser efetivada por medidas cautelares, e repressão, efetivada pela aplicação de penas. Se essa distinção teórica é simples, nas situações concretas, essas medidas se confundem (DELLIS, 1997, p. 138 et seq.). Por tal motivo, as medidas cautelares, eventualmente, podem assumir funções punitivas.

Essas medidas apenas são cabíveis se legalmente previstas, pois se caracterizam também em medidas restritivas. Ausente previsão legal quanto à aplicação da medida cautelar; apenas em casos extremos justifica-se que a Administração atue sem a autorização judicial, uma vez que o processo civil moderno permite a imediata obtenção de provimentos jurisdicionais capazes de garantir a rápida execução de medidas administrativas. É necessário, portanto, além da urgência, a impossibilidade de obtenção de provimento jurisdicional prévio para que as medidas cautelares sejam aplicadas **quando a lei não lhes atribui autoexecutoriedade**.

Devido à finalidade específica, atribuída às medidas cautelares, estas não podem ser utilizadas como mecanismos para compelir as pessoas ao cumprimento de obrigações nos casos em que a lei não atribui autoexecutoriedade à decisão administrativa. Essa proibição se encontra na jurisprudência do STF.⁹⁹

A finalidade diversa justifica que garantias constitucionais, dirigidas à aplicação de penas, não recaiam sobre essas medidas. Assim, não há necessidade de que a medida cautelar tenha, por fundamento, um ato ilícito cometido pela pessoa que a suportará. É o que ocorrerá se necessário for a demolição de uma propriedade para impedir a propagação de um

⁹⁸ “Art. 170. Dirigir ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública, ou os demais veículos: Infração - gravíssima; Penalidade - multa e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação. [...] Art. 174. Promover, na via, competição esportiva, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo. [...] Art. 210. Transpor, sem autorização, bloqueio viário policial: Infração - gravíssima; Penalidade - multa, apreensão do veículo e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - remoção do veículo e recolhimento do documento de habilitação.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

⁹⁹ “Súmula n. 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula n. 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula n. 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.” (BRASIL, STF, Súmulas do STF).

incêndio. Da mesma forma, a tipicidade das medidas cautelares pode ser afastada diante da urgência de determinadas situações. Ademais, as medidas cautelares podem ser cumuladas com a aplicação de sanções punitivas.

2.3.2.4 As multas coercitivas como penas

Eugenio Raúl Zaffaroni e outros (2011, p. 352) excluem, do conceito de pena, as multas coercitivas, pois consideram que elas se caracterizam como “estímulo coercitivo ao cumprimento (como a cláusula ‘penal’ contratual do direito privado), sem confundir-se com a multa penal ou pena de multa nem com uma multa que procura reparar a lesão fiscal omissiva (reparadora)” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 352).

Ainda segundo esses autores, são multas coercitivas aquelas aplicadas pela Administração que não tenham finalidade reparatória. A exclusão delas do conceito de pena não merece acolhida. Excetuadas as hipóteses, em que há necessidade de imediata intervenção administrativa para evitar lesão ou perigo a bens (medidas cautelares) ou para ressarcimento de um dano específico (medidas reparatórias), a aplicação de multas pelo descumprimento de normas jurídicas caracteriza o exercício do poder punitivo, independentemente do nome que se lhe atribua.

As multas coercitivas, aplicadas pela Administração e pelo Poder Judiciário,¹⁰⁰ têm a finalidade de coagir ao cumprimento de obrigações estipuladas em atos administrativos ou em decisões judiciais. Essas medidas se caracterizam como sanções punitivas aplicadas por infrações que se prolongam no tempo, mesmo que se lhes reconheça caráter persuasivo.

Atualmente, as obrigações, exigidas na esfera penal e na administrativa, podem ser negativas ou positivas e para cumprimento imediato ou a longo prazo. O descumprimento de obrigações para cumprimento imediato consoma infrações instantâneas, e de obrigações a

¹⁰⁰ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.” (BRASIL, Código de Processo Civil).

longo prazo, infrações permanentes – para usar os termos consagrados no Direito Penal.¹⁰¹

Na esfera administrativa, caracteriza obrigação positiva imediata a determinação de que o condutor envolvido em acidente de trânsito preste ou providencie socorro à vítima.¹⁰² Já a obrigação negativa imediata pode ser exemplificada com o art. 191 do CTB, segundo o qual constitui infração, “forçar passagem entre veículos que, transitando em sentidos opostos, estejam na iminência de passar um pelo outro ao realizar operação de ultrapassagem.” Em ambos os casos, diante dos pressupostos fáticos previstos na norma, impõe-se ao condutor uma obrigação a ser exercida naquele momento específico. A prática da conduta prevista na norma como pressuposto da sanção exaure o conteúdo do ilícito.

A aplicação de penalidades por infrações instantâneas ocorre após o esgotamento do ilícito, já que não é possível voltar no tempo e exigir que a pessoa se abstenha de conduta ilícita ou pratique a conduta devida, pois o ilícito já se configurou em todos os seus elementos.

Diferentemente, ocorre com as obrigações, positivas ou negativas, cujo descumprimento se protraí no tempo, pois nesses casos a infração administrativa se caracteriza pela continuidade da conduta ilícita.

O art. 192 do CTB,¹⁰³ que impõe aos condutores o dever de conservar distância de segurança em relação aos demais veículos que transitam na via, caracteriza obrigação positiva permanente e o estacionamento do veículo em locais proibidos,¹⁰⁴ obrigação negativa permanente. Em algumas dessas hipóteses, a ordem jurídica atribui à autoridade

¹⁰¹ “Crime *instantâneo* é o que se esgota com a ocorrência do resultado. Segundo Damásio, é o que se completa num determinando instante, sem continuidade temporal (lesão corporal). Instantâneo não significa praticado rapidamente, mas significa que uma vez realizados os seus elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência. [...] *Permanente* é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, seqüestro). Crime permanente não pode ser confundido com *crime instantâneo de efeitos permanentes* (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente.” (BITENCOURT, 1999, p. 181 et seq.).

¹⁰² “Art. 176. Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima: I - de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo; [...]”. (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

¹⁰³ “Art. 192. Deixar de guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu veículo e os demais, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade, as condições climáticas do local da circulação e do veículo: [...]” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

¹⁰⁴ “Art. 181. Estacionar o veículo: I - nas esquinas e a menos de cinco metros do bordo do alinhamento da via transversal: [...] II - afastado da guia da calçada (meio-fio) de cinquenta centímetros a um metro: [...] III - afastado da guia da calçada (meio-fio) a mais de um metro: [...] IV - na pista de rolamento das estradas, das rodovias, das vias de trânsito rápido e das vias dotadas de acostamento: [...] VIII - no passeio ou sobre faixa destinada a pedestre, sobre ciclovia ou ciclofaixa, bem como nas ilhas, refúgios, ao lado ou sobre canteiros centrais, divisores de pista de rolamento, marcas de canalização, gramados ou jardim público: [...] IX - onde houver guia de calçada (meio-fio) rebaixada destinada à entrada ou saída de veículos: [...] §1º Nos casos previstos neste artigo, a autoridade de trânsito aplicará a penalidade preferencialmente após a remoção do veículo. [...]”. (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

administrativa competência para executar medida cautelar que restaure a legalidade; em outras hipóteses, essa medida se torna inviável pela natureza da infração e a cessação da atividade ilícita depende da atuação do agente infrator.

Enquanto a conduta ilícita perdura, se a ordem jurídica não admite que a Administração imponha medidas cautelares ou se essa medida é impossível, a Administração pode impor multa coercitiva para obrigar o infrator a cumprir a norma.

Assim, enquanto persiste a conduta ilícita, o Estado pode exercer o poder punitivo por duas formas diversas: mediante a imposição da sanção pelo descumprimento da obrigação ou mediante a imposição da sanção até que se cumpra a obrigação. Em ambos os casos, a imposição da sanção somente é cabível após a prévia apuração do descumprimento da obrigação legalmente especificada, logo, com base em uma conduta ilícita. Sobre o tema, Marcelo Madureira Prates (2005, p. 190) leciona que:

Esses Autores [Garcia de Enterría e Fernandez; Morell Ocaña e Parada] consideram que a *multa coercitiva* não se equipara às ‘multas-sanção’, estas de natureza punitiva, pois, ao invés de pretender sancionar a resistência ao cumprimento de um ato administrativo, ela visa, sim a remover essa resistência, forçando o administrado a cumprir fielmente o ato. Todavia, não concordamos que essa espécie de multa seja verdadeira *medida coativa* [...]. Em verdade, julgamos que a *multa coercitiva* tenha natureza *preventivo-coativa* somente até que o administrado deixe de cumprir outra vez mais o comando administrativo que lhe fora dirigido; neste instante, ela passa a ser medida *punitiva*, já que é aplicada para repreender a realização de um descumprimento, parecendo, por isso, inadequada a sua cumulação com outras sanções administrativas. Trata-se, a rigor, de espécie excepcional de sanção administrativa, já que visa a punir não o descumprimento de um dever normativo, o antecedente normal das sanções administrativas, mas sim a inobservância de uma obrigação fixada por decisão administrativa.

Como as multas coercitivas são manifestações do poder punitivo, elas devem se submeter a princípios constitucionais quanto ao seu exercício, especialmente, devido processo legal, responsabilidade pessoal e subjetiva e a vedação ao *bis in idem*.

2.3.3 Identificação do poder punitivo

Reconhece-se o **poder punitivo** estatal **todas às vezes que a norma prescreve para o descumprimento de uma obrigação legal a aplicação de penalidade, isto é, de uma sanção que não tenha por finalidade reparar um dano moral ou patrimonial específico ou impedir dano ou perigo de lesão a direitos fundamentais.**

A identificação do exercício do poder punitivo decorre da previsão abstrata de aplicação da pena. Contudo, as formas e requisitos legais para a aplicação das sanções

punitivas são diferenciados pelo sistema jurídico. Em todas as suas formas, porém, apenas a conduta ilícita possibilita o exercício do poder punitivo estatal. Basta a contrariedade da conduta à prescrição normativa abstrata, com a conseqüente possibilidade de imposição de penas, para que se reconheça o exercício do poder punitivo.¹⁰⁵

Contudo, o poder punitivo adquire denominações diversas na ordem jurídica e é objeto de estudo de vários ramos da Ciência Jurídica.

Seu exercício não é incompatível com o Estado de Direito, todavia, esse modelo de Estado exige que ele se oriente por determinados princípios que garantem a segurança jurídica às pessoas submetidas à ordem jurídica. A segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, a individualização da pena e o *ne bis in idem* objetivam garantir que o exercício do poder punitivo se pautem por critérios racionais (OLIVARES, 1991, p. 255). Esses princípios estabelecem uma matriz unitária aplicável ao poder punitivo.

Ao se defender a unidade do poder punitivo não se pretende instituir regime jurídico único de imputação de sanções punitivas, mas tão somente a sujeição de seu exercício ao conjunto de princípios, inerentes ao Estado de Direito, aplicáveis à repressão estatal. O Direito Penal integra outros princípios que o caracterizam e que não são aplicáveis em outras esferas punitivas. Como destacado por Gonzalo Quintero Olivares (1991, p. 262, tradução livre¹⁰⁶):

Quando se declara que as mesmas garantias observáveis na aplicação das penas devem ser respeitadas ao se impor uma sanção administrativa, não se faz, em realidade, referência a todos e cada um dos princípios ou regras reunidos na Parte Geral (do Direito Penal), mas àqueles princípios a que o direito penal deve submeter-se para satisfazer aos postulados do Estado de Direito, que são princípios derivados dos declarados na Constituição como fundamentais.

O poder punitivo se manifesta por meio de diversas agências que exercem funções

¹⁰⁵ Sobre o tema, Hans Kelsen (1998, p. 37) expõe que: “Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme o Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.”

¹⁰⁶ No original: “Cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General (del Derecho Penal), sino a aquellos a los que el derecho penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.”

diferenciadas, mas vinculadas e dependentes entre si. A agência legislativa intervém ao estabelecer normas de conduta e ao cominar abstratamente a pena. Com base nessa previsão, a Administração Pública fiscaliza o cumprimento das obrigações legais. O descumprimento da obrigação poderá levar à imposição da sanção cominada em abstrato; essa imposição pode ser feita por agências judiciais (penais e não penais) e por agências executivas (autoridades administrativas). Por fim, se a sanção não é executada voluntariamente ou se é incompatível com a execução voluntária, as agências judiciais ou executivas promoverão sua execução.

A primeira manifestação do poder punitivo, que ocorre pela tipificação de condutas e cominação de penas é denominada, por Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2011, p. 43 et seq.), de criminalização primária. No exercício dessa atividade, o Poder Legislativo possui discricionariedade para estipular a conduta proibida, cominar penas, estabelecer os requisitos e as formas para a aplicação de penalidades. Todavia, não lhe é permitido desvincular-se do conceito de pena com a finalidade de minimizar a aplicação dos direitos constitucionais que limitam o exercício do poder punitivo.

Embora o objeto da ciência do Direito Penal limite-se ao definido legislativamente como crime ou contravenção penal, a manifestação do poder punitivo estatal, por meio da cominação *in abstracto* de penas, ultrapassa esses conceitos e, portanto, seu objeto de estudo.

A aplicação e execução das penalidades previstas abstratamente no ordenamento jurídico brasileiro são atribuídas aos órgãos do Poder Judiciário, à Administração Pública (integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e, em menor medida, ao Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário incumbe o controle da legalidade das sanções aplicadas na esfera administrativa, bem como a execução das sanções administrativas às quais a lei não atribui autoexecutoriedade.

O fundamento das sanções punitivas podem ser relações gerais, existente entre as pessoas submetidas à ordem jurídica e dessas com o Estado, ou relações especiais, que determinadas pessoas travam com o Estado.¹⁰⁷

O descumprimento das obrigações impostas, nas relações gerais, é sancionado na esfera penal e na administrativa de polícia (sanção administrativa geral). Na esfera penal, o poder punitivo se manifesta pela caracterização de condutas como crime ou contravenção, que leva à imposição de sanções penais. Também se insere, nessa esfera, as medidas aplicadas aos

¹⁰⁷ Conforme desenvolvido no Capítulo 5, tópico 5.1.3.

atos infracionais praticados pelos menores e as medidas de segurança aplicadas aos inimputáveis.

Na esfera administrativa, o descumprimento de obrigações impostas nas relações gerais leva à imposição das sanções administrativas de polícia. O descumprimento de obrigações derivadas da relação geral pode se manifestar, também, na esfera judicial não penal.¹⁰⁸

A ordem jurídica atribui ao Estado poder punitivo especial, fundamentado em relações especiais com determinadas pessoas. Nesse âmbito, o poder punitivo é exercido na esfera disciplinar ou política e integram as sanções aplicáveis aos agentes públicos, aos contratados com a Administração, às pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais, aos usuários de determinado serviço público, etc. Essas sanções podem ser aplicadas na esfera administrativa, judicial, legislativa ou pelos Tribunais de Contas, conforme determinação da ordem jurídica. Os critérios de imputação, as autoridades competentes, os procedimentos, os efeitos e tipos das sanções são diferenciados em cada um desses casos.

A impossibilidade de cumulação de sanções punitivas, aplicadas em diversos ramos do ordenamento jurídico, ao mesmo sujeito, pelos mesmos fatos e com o mesmo fundamento – o *ne bis in idem* – caracteriza-se como direito fundamental. Esse princípio é consagrado de forma restrita pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras, que, fundamentadas na autonomia de instâncias, admitem a reiteração punitiva.

Portanto, é necessário analisar se existem critérios materiais ou jurídicos que permitam sustentar a independência e a autonomia entre essas esferas.

¹⁰⁸ Ex.: sanções não penais aplicadas pela Justiça Eleitoral.

3 O EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA

A constatação que a Administração Pública impõe penalidades no exercício da função administrativa levou a doutrina a buscar, por meio de diversos critérios (**formais**, **materiais** e **quantitativo**), diferenças que fundamentem a autonomia das penalidades impostas na esfera administrativa, em relação às impostas na esfera penal.

Os critérios **formais** se fundamentam nas normas jurídicas que estabelecem regime jurídico diverso às formas de manifestação do poder punitivo e identificam as instâncias penal e administrativa, com base em diferenças quanto aos requisitos de imputação, aos procedimentos ou à natureza das sanções. Os critérios **materiais** buscam, na realidade social, fundamento extrajurídico ou fundamento externo ao Direito Penal que garanta a identidade dessa esfera em relação a outras formas de manifestação do poder punitivo. Por fim, segundo o critério **quantitativo**, inexistente distinção material entre essas instâncias, as infrações e sanções mais graves devem ser reguladas e impostas pelo direito penal.

Os critérios materiais e quantitativo têm a finalidade de vincular o Poder Legislativo no estabelecimento de infrações e sanções punitivas e estipular o âmbito de atuação do direito penal e do direito administrativo sancionador. Contudo, na elaboração das normas punitivas, observa-se certo desprezo do Poder Legislativo em relação a esses critérios.

Os critérios formais, pelo contrário, são posteriores às normas e se caracterizam como meras descrições do ordenamento jurídico, o que explica sua precedência sobre os critérios materiais ou quantitativo.

3.1 CRITÉRIOS FORMAIS DE DISTINÇÃO ENTRE INFRAÇÕES E SANÇÕES PENAS E ADMINISTRATIVAS

Desde o início do século XX, perdura o debate quanto à autonomia do Direito Administrativo Sancionador (inicialmente denominado Direito Penal Administrativo) em relação ao Direito Penal. Autores tradicionais, como Enrique Aftalión (1955, p. 18), Nelson Hungria (1945, p. 24) e autores modernos, como José Cerezo Mir,¹⁰⁹ Miguel Reale Júnior,¹¹⁰

¹⁰⁹ Diante “desse contexto de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de **alguns** dos princípios fundamentais do Direito Penal. Neste sentido, convém destacar que a Constituição [da Espanha] estabelece o princípio da legalidade para as infrações e sanções administrativas”. (CEREZO MIR, 1993, p. 32) (Sem destaque no original).

¹¹⁰ “O certo, contudo, é a existência de um *jus puniendi geral*, ao qual se aplica um regime jurídico do Estado

Edmar Oliveira Andrade Filho,¹¹¹ Eduardo García de Enterría (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 881) defendem a inexistência de diferenças qualitativas entre infrações e sanções penais e administrativas.

Segundo esses autores, devido à inexistência de diferenças materiais suficientes para caracterizar, de forma autônoma, a esfera administrativa, os regimes somente podem ser diferenciados no que não contrariarem garantias constitucionais que limitam o exercício do poder punitivo, cuja aplicação não é restrita ao direito penal (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 890 et seq.; REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).¹¹²

O rol dos princípios comuns à repressão estatal não é uniforme na doutrina brasileira¹¹³ e existe posicionamento que exige apenas a aplicação do devido processo legal e da ampla defesa na esfera administrativa.¹¹⁴

punitivo consoante com o Estado de Direito, independentemente da adoção da teoria da diferenciação qualitativa ou quantitativa entre o ilícito penal e administrativo. No entanto, seguindo a maioria da doutrina e da jurisprudência, entendo que não há diferença estrutural, mas apenas normativa entre os dois tipos de ilícito, o que torna ainda mais patente a aplicação ao campo do ilícito administrativo dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo.” (REALE JÚNIOR, 2007, p. 93).

¹¹¹ “A utilidade dessas classificações – e das conclusões que delas decorrem – tornam-se menos proveitosas quando elas deixam de considerar que a infração ou ilícito tem uma única raiz; a ação ou omissão que contraria um dever-ser ou que ofende ou expõe a perigo um bem jurídico. É sempre uma ação ou omissão ilegítima ou ofensiva que constitui o pressuposto e o fundamento de toda sanção. [...] Toda sanção negativa (pena) é uma consequência de uma violação de um dever-ser normativo, ou, dizendo de outro modo, representa a consequência de um ação ou omissão considerada ilícita ou antijurídica. [...] É absolutamente necessária a consideração dos princípios gerais do direito penal a partir do texto constitucional e que são aplicáveis às sanções em geral. Portanto, é errôneo pressupor que as normas do texto constitucional têm aplicação somente no campo do direito penal comum, também chamado ‘direito criminal’. Reduzir o campo de aplicação das normas constitucionais quando elas mesmas não o fazem é incorrer em redução teleológica inaceitável que despreza o mandamento da ‘máxima efetividade das normas constitucionais’.” (ANDRADE FILHO, 2003, p. 39 et seq.).

¹¹² “Desde el punto de vista judicial, por supuesto, también habrá que recordar la necesidad de no olvidar que ciertos derechos constitucionales o de base constitucional (legalidad, igualdad, seguridad jurídica, presunción de inocencia, defensa) asisten al ciudadano *en todo momento*, aunque el control último de su cumplimiento sea exclusiva competencia de los Tribunales y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.” (OLIVARES, 1991, p. 255). (Tradução livre: “Do ponto de vista jurídico, por certo, há que recordar a necessidade de que certos direitos constitucionais ou de base constitucional (legalidade, igualdade, segurança jurídica, presunção de inocência, defesa) assistem ao cidadão *em todo momento*, embora o controle último de seu cumprimento seja de competência exclusiva dos Tribunais e, em última instância, do Tribunal Constitucional.”).

¹¹³ Miguel Reale Júnior (2007, p. 95 et seq.) defende que são princípios comuns a legalidade, a irretroatividade de disposições desfavoráveis, a segurança jurídica e a proporcionalidade. Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 80) sustenta que a atividade punitiva do Estado submete-se aos princípios da anterioridade, da irretroatividade, da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa e da licitude das provas. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 103) entende que são princípios aplicáveis ao regime punitivo do Estado de Direito a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade *o ne bis in idem* e o devido processo legal.

¹¹⁴ “[...] A Constituição Federal sujeita os atos administrativos ao controle judicial. No entanto, esse controle se limita à legalidade do ato praticado pela Administração, para impedir a aplicação de penalidades arbitrárias ou mediante procedimento ilegal, cabendo ao Poder Judiciário, somente, verificar se a apuração das infrações se deu à luz dos princípios que norteiam o devido processo legal, especialmente, o contraditório e a ampla

É necessário identificar as diferenças formais apresentadas pela doutrina, verificar se elas subsistem diante dos princípios constitucionais que limitam o exercício desse poder e se essa diversidade é suficiente para garantir autonomia e independência entre as instâncias punitivas. A autonomia será demonstrada se os aspectos formais delimitarem o âmbito de incidência do direito administrativo sancionador em relação ao direito penal.

Os critérios formais são úteis para determinar o regime jurídico de imposição das sanções punitivas, consoante sejam impostas na esfera penal ou na administrativa.

Os critérios formais de identificação e diferenciação entre as esferas penal e administrativa podem ser divididas em três grupos: a) os que se fundamentam nas normas de imputação, ou seja, nos requisitos necessários à imposição das penalidades; b) os que se fundam na diversidade procedimental, isto é, quanto à forma e efeitos da sanção aplicada; e, por fim, c) os que se baseiam na diversidade das sanções impostas. Essa distinção é meramente didática, pois esses critérios não são excludentes, mas são utilizados em conjunto ou como derivação uns dos outros.

3.1.1 Requisitos para a imputação

A instância penal possui sistema de imputação geral, estabelecido pelos Códigos Penal e Processual Penal, que garante certa uniformidade quanto aos requisitos necessários à imputação da responsabilidade penal. Essa uniformidade deriva também do trabalho da doutrina do Direito Penal que, ao longo de séculos, desenvolveu o conceito analítico de crime com a finalidade estabelecer requisitos mínimos para a imposição da sanção penal.

As sanções administrativas são aplicadas sem regime geral de imputação. A competência legislativa dispersa entre os entes federados leva à produção de leis que impõem, para cada caso, critérios diferenciados para aplicação das sanções administrativas que cominam. Soma-se a isso que, ao longo dos anos, a doutrina do Direito Administrativo teorizou apenas sobre critérios formais que identificam a infração administrativa, caracterizada pelo descumprimento de uma norma que leva à aplicação de sanção pela autoridade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 834).

Somente após a promulgação da CRFB/88, a doutrina do Direito Administrativo teve fundamento constitucional para estabelecer requisitos que vinculem o Poder Legislativo e

defesa, sendo-lhe vedada, em sede de processo disciplinar, ingerência no mérito administrativo, pois a emissão de juízos de conveniência e oportunidade são próprios e exclusivos da autoridade administrativa. [...]” (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 2002.39.00.004716-3/PA).

o Poder Executivo na imposição de sanções administrativas. A doutrina atual, com base em normas constitucionais e legais, procura determinar as bases gerais de imputação na esfera administrativa, o que é dificultado pela existência de critérios diferenciados nos diversos âmbitos de proteção.

A existência de diversos regimes jurídicos de imputação de responsabilidade não ofende à CRFB/88. Contudo, essa diversidade não fundamenta a autonomia da esfera administrativa em relação à penal, tendo em vista a natureza descritiva que assumem esses critérios. Mesmo na esfera penal, há critérios diversificados de imputação para as sanções penais, sem que dessa diversidade derive nova esfera punitiva. Da mesma forma, a legislação pode estabelecer critérios de imputação para as sanções administrativas idênticos aos existentes na esfera penal geral.

É formal o critério que atribui autonomia à esfera penal em relação à administrativa devido à **exigência de dolo ou culpa para a caracterização das infrações penais e da dispensa desses elementos para consumação das infrações administrativas** (AFTALIÓN, 1955, p. 7).

Essa teoria ainda é aceita por algum setor da doutrina brasileira (SILVA, P. R. C., 2006, p. 280 et seq.).¹¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 842) defende a dispensabilidade desses elementos para a caracterização da infração administrativa.

Segundo esse autor, “infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 834). O autor ainda afirma que, em relação às infrações e sanções administrativas, “não se está a falar em dolo ou culpa, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 842), e que basta a voluntariedade para a consumação do

¹¹⁵ Régis Fernandes de Oliveira (2005, p. 26), na reedição de sua obra, adotou entendimento segundo o qual a dispensa do elemento subjetivo (culpa ou dolo) para configuração da infração administrativa não é compatível com a CRFB/88: “Assim, a responsabilidade objetiva do suposto infrator, presumidamente inocente até decisão na esfera administrativa (art. 5º, LVII, da CF), não pode mais ser admitida. O contraditório e a ampla defesa garantem ao infrator o direito de influir efetivamente, de modo eficaz, na decisão do processo administrativo. Se a responsabilização do infrator puder ser feita objetivamente, as garantias citadas não seriam mais do que mero reforço retórico de um discurso apenas programático. É necessário enfatizar que o direito, dentro da nova ordem constitucional, não é um mero composto de normas e princípios, não se compraz com a responsabilização e punição sem culpa, aferida objetivamente. [...] Desse modo, o debatido art. 136 do CTN não pode estar em antinomia com todo o sistema normativo, devendo ser compreendido não isoladamente, mas em harmonia com o art. 112, III, do CTN.”

ilícito administrativo e a conseqüente imposição da sanção.¹¹⁶

Há decisões jurisprudenciais que, com fundamento, especialmente, no art. 136 do Código Tributário Nacional (CTN),¹¹⁷ dispensam o dolo e a culpa para consumação das infrações administrativas e imposição de suas sanções.¹¹⁸

A jurisprudência do STF sobre o tema é escassa. A análise da jurisprudência desse Tribunal demonstra a existência de decisões que negam seguimento a recursos interpostos contra acórdãos que dispensam o dolo ou a culpa para imposição de sanções administrativas,¹¹⁹ bem como decisões que negam seguimento a recursos interpostos contra acórdãos que exigem esses elementos para aplicação dessas sanções.¹²⁰ Essa situação parece

¹¹⁶ Daniel Ferreira (2009, p. 266 et seq.) sustenta que basta a voluntariedade para a caracterização da infração administrativa. Segundo esse autor, a voluntariedade já foi caracterizada como a “possibilidade de prévia ciência e eleição, *in concreto*, de um comportamento, tendo por parâmetro as conseqüências de tanto advindas. Seria, então e melhor dizendo, ‘meramente o *animus* de praticar dada conduta’. Ocorre que, para a comprovação da presença ou da ausência do ilícito *in concreto*, se o termo for admitido com esta significação, *multíssimo ampla*, a simples ausência da voluntariedade será bastante, em si mesma, para afastar da condição de ilícito administrativo situações muito diferenciadas entre si e que digam respeito a: (1) fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro. Desta feita, muito de sua utilidade estaria perdida. Mostra-se melhor, para a construção da Teoria Geral da Infração, assumi-lo como *expressão de vontade*, de ‘querer algo’ e ‘ativo’, que não se confunde com o *desejo* porque este pode nunca vir se manifestar” (FERREIRA, D., 2009, p. 275 et seq.). Para o autor, “a voluntariedade, então, revelará (outra vez, porque já pressuposta haver conduta) e como especial *animus*: o de praticar ‘aquela conduta’ (acelerar) – e não uma outra qualquer (fugir a pé – por exemplo). Desta sorte, a voluntariedade passa a figurar como elemento tipificante não-objetivo (mas *pré-subjetivo*) e equivale a um *especial* querer – o normativamente emoldurado como indesejado” (FERREIRA, D., 2009, p. 277).

¹¹⁷ “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”. (BRASIL, Código Tributário Nacional).

¹¹⁸ “A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou de dolo do infrator. Desnecessária a efetiva caracterização de dano ao consumidor, tendo em vista que a multa foi imposta em razão do exercício do Poder de Polícia do poder público” (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível n. 97.04.12439-2/RS).

¹¹⁹ “Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado: ‘ADMINISTRATIVO. NULIDADE PROCESSUAL. NECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. RESPONSABILIDADE SEM CULPA. CASO FORTUITO. PANE EM SISTEMA DE COMPUTAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. – [...] **Em caso de infração administrativa, a responsabilidade pelo pagamento de multa independe de culpa, podendo, todavia, ser elidida por ocorrência de caso fortuito ou força maior.** - O atraso no pagamento do 13º salário devido a uma pane em computadores da empresa não caracteriza caso fortuito, pois plenamente previsível e de feitos inevitáveis. - Apelação improvida.’ (fls. 24) No recurso extraordinário, alega-se violação do disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição. Sem razão o recorrente. O acórdão recorrido julgou o caso com observância do contraditório e ampla defesa, tendo enfrentado as questões que lhe foram postas. Ademais, a questão relativa ao indeferimento de produção de provas, por se tratar de controvérsia exclusivamente processual, de natureza, portanto, infraconstitucional, não dá ensejo a recurso extraordinário. [...] Do exposto, nego seguimento ao recurso.” (BRASIL, STF, AI 710.266/PE) (Sem destaques no original).

¹²⁰ “Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão assim ementado: ‘ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO PELO PREENCHIMENTO INCORRETO DA GFIP. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 135 DO CTN. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA. -

apontar que o STF entende que a exigência ou dispensa de elemento subjetivo para a caracterização da infração administrativa não é questão constitucional.

A possibilidade de imposição de sanção administrativa independentemente de elemento subjetivo é criticada por parte da doutrina, segundo a qual o elemento subjetivo para caracterização de infrações administrativas é imposição constitucional. Segundo essa doutrina, o art. 136 do CTN deve ser interpretado em conformidade com o texto constitucional (OLIVEIRA, 2005, p. 26 et seq.):

Revela-se, mesmo, imperativo o reconhecimento da superação da tese da responsabilidade objetiva das infrações estritamente tributárias, *conditio sine qua non* para compaginar a disposição do art. 136 do CTN com princípios e regras gerais de repressão, que irradiam inegáveis influências no Direito Tributário Sancionador. (SILVA, P. R. C., 2006, p. 297).

É insubsistente basear-se na exigência legal de dolo ou culpa para diferenciação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. A análise exclusiva das normas infralegais demonstra que essas normas podem dispensar o dolo e/ou a culpa mesmo para caracterização do ilícito penal, como ocorre na Lei das contravenções penais;¹²¹ da mesma forma, algumas leis expressamente exigem esses elementos para configuração da infração administrativa.¹²²

Auto de infração lavrado contra Prefeito, em face de ocorrência de omissão no preenchimento do GFIP, com multa administrativa aplicada no valor correspondente a cem por cento do valor devido relativo à contribuição. - **O representante de pessoa jurídica de Direito Público só responde por infrações administrativas quando agir com dolo ou culpa na prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, o que não restou demonstrado no caso dos autos.** - Apelação e remessa oficial improvidas' (fl. 86). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 37, §6º, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. O acórdão recorrido dirimiu a questão em exame com apoio no conjunto fático-probatório dos autos e nas normas infraconstitucionais pertinentes ao caso. Assim, a apreciação do recurso extraordinário demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 279 desta Corte, e da legislação infraconstitucional, sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta. Ademais, observa-se que, com a negativa de provimento ao recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 887.853/RN, com trânsito em julgado certificado à fl. 120), tornaram-se definitivos os fundamentos infraconstitucionais que amparam o acórdão recorrido (Súmula 283 do STF). Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 14 de dezembro de 2010." (BRASIL, STF, RE 614.164/RN) (Sem destaques no original).

¹²¹ "Art. 3º Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico." (BRASIL, Lei das Contravenções Penais).

¹²² "Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; X - (VETADO); XI - restritiva de direitos. [...] §3º **A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:** I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por

O que se questiona é se o Poder Legislativo possui discricionariedade para dispensar o dolo e a culpa em alguma esfera punitiva ou se há normas constitucionais que impõem esses elementos à esfera penal, mas não à administrativa.

A exigência, na esfera penal, do elemento subjetivo construiu-se ao longo dos anos e, atualmente, encontra fundamento na determinação constitucional de individualização da pena.¹²³ Nenhum dispositivo constitucional permite que as imputações na esfera penal ou administrativa dispensem o elemento subjetivo, tendo em vista que os princípios de individualização das penas e devido processo legal aplicam-se a ambas as instâncias.

A exigência do elemento subjetivo, na conduta punível, integra o mínimo necessário à imputabilidade a alguém do descumprimento de uma obrigação. Não é constitucionalmente admissível, em qualquer esfera punitiva, a tipificação de condutas e a cominação de penas senão por condutas praticadas ao menos culposamente. Isso porque cominações dessa natureza contrariam a determinação constitucional da individualização das penas, o direito ao devido processo legal e punem pessoas por atos sobre os quais não tiveram qualquer influência.

O dolo ou a culpa integram o tipo e, sem esses elementos, as condutas (proibidas) resultam de coação, caso fortuito, força maior ou ato de terceiro. Admitir a responsabilidade objetiva na esfera punitiva administrativa importa punir condutas que não são praticadas com liberdade e autodeterminação pessoal.

Outra diferença apontada é que **“enquanto o sujeito do direito penal comum é sempre o homem, as sanções do direito penal administrativo podem recair sobre as pessoas jurídicas”** (AFTALIÓN, 1955, p. 10, tradução livre). Parte da doutrina penal rejeita a aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas por entenderem que essas pessoas não têm “capacidade ‘natural’ de ação”, exclusiva das pessoas humanas, e carecem “de capacidade de culpabilidade” (BITENCOURT, 1999, p. 201).

Essa corrente, ao menos no Brasil, tem sido abandonada pela doutrina majoritária uma vez que, com fundamento no art. 225, §3º, da CRFB/88,¹²⁴ a Lei 9.605/98 impôs sanções

órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; II - opuser embarço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998) (Sem destaques no original).

¹²³ “Art. 5º. [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹²⁴ “Art. 225. [...] §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os

penais às pessoas jurídicas.¹²⁵

O poder punitivo, como mecanismo de controle social, apenas recai sobre condutas humanas, mas a ordem jurídica pode imputar condutas ilícitas praticadas por pessoas naturais a pessoas jurídicas.¹²⁶ A imputação da conduta humana à pessoa jurídica é reconhecida para fins lícitos e, necessária à manifestação de vontade dessas pessoas, que apenas se fazem representar, no mundo, por condutas praticadas por seus integrantes e/ou representantes (pessoas naturais).

A sanção punitiva, em qualquer esfera, terá como causa condutas humanas (ZAFFARONI, 2001, p. 249).¹²⁷ Questão diversa é decidir sobre quem recairá a sanção punitiva: sobre a pessoa natural que atuou desconforme à norma ou sobre a pessoa jurídica, beneficiária da conduta. Em qualquer caso, como se tratam de ações humanas, os critérios e princípios constitucionais de imposição de sanções devem ser respeitados.

Essa imputação diz respeito à política legislativa, ou seja, à conveniência, sob o aspecto da política criminal, da imposição de sanções, na esfera penal, às pessoas jurídicas. Essa questão não implica que a CRFB/88 utilize esse critério para apartar a instância penal das demais esferas punitivas.

Outro critério proposto é que **“o direito penal deve obediência ao princípio da legalidade estrita, e as sanções de aplicadas pelo Direito Administrativo, não”** (NAVARRETE, 1987, p. 289).

No Brasil, essa é uma das questões mais complexas, devido à longa tradição de garantia à Administração Pública da competência para impor originariamente obrigações e

danos causados.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹²⁵ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998).

¹²⁶ “Destarte, percebe-se, desde já, que não faz sentido falar em incapacidade de ação (no sentido finalístico) ou ausência de vontade ou dolo por parte das pessoas jurídicas, pois todo e qualquer ato por estas praticado se dá por meio do agir de um ser humano, estando atendidos, pois, todos os pressupostos psico-biológicos da doutrina finalista da ação. A questão do agir de pessoa física ou jurídica não é fenômeno natural, que se constata por observação empírica; é, isto sim, fenômeno jurídico, que se verifica pela ocorrência de requisitos objetivos que determinam se o evento se deu com o agente no papel de pessoa física ou de pessoa jurídica. Mas a ação, ressalte-se, será sempre obra do ser humano.” (QUEIROZ, 2003, p. 239).

¹²⁷ “De qualquer forma, todo e qualquer ato de um sujeito de Direito Penal, seja ele pessoa física ou jurídica, será sempre ato de um ser humano, ou de um conjunto deles. Porém, desse ato humano não reflete no plano jurídico, necessariamente, um ato de pessoa física; o mesmo ato pode ser tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, dependendo das circunstâncias – fáticas e jurídicas – em que ocorra.” (QUEIROZ, 2003, p. 240).

cominar penas. Como visto, a doutrina do Direito Administrativo diverge quanto à necessidade de tipicidade para a imposição das sanções administrativas e, mesmo entre os autores que entendem exigível a tipicidade, não há unanimidade quanto à necessidade de que a tipificação seja imposta por lei formal.

Os poderes normativos da Administração Pública brasileira foram restringidos pela CRFB/88. Em sentido contrário às Constituições anteriores, que lhe atribuíram poderes normativos, essa Constituição submete a atividade administrativa à legalidade (art. 37, caput), determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II) e limita a função regulamentar ao estabelecimento de condições para o fiel cumprimento das leis (art. 84. IV).¹²⁸

Discute-se se há necessidade de lei formal para impor quaisquer obrigações na esfera administrativa ou se a expressão **lei**, utilizada no art. 5º, II, da CRFB/88, significa **ordenamento jurídico** de forma ampla e contempla também os regulamentos.

Esse dispositivo refere-se à lei em sentido estrito. Contudo, não no sentido de que a lei deva estabelecer todas as obrigações, se assim fosse, as obrigações contratuais não vinculariam as partes. Exige-se que as obrigações tenham fundamento e origem em lei formal, ainda que demandem atos jurídicos intermediários para obrigar as pessoas.

A lei deve estabelecer os limites de restrição (no caso de obrigações unilaterais) ou de disposição (no caso de obrigações bilaterais) de direitos a que os destinatários da norma se submetem. A CRFB/88 não admite a transferência, de forma ampla, ao Poder Executivo da competência para impor obrigações, tipificar infrações e penalidades. Há necessidade de que lei, em sentido estrito, defina os limites das restrições de direitos a serem impostas pela Administração e que estabeleça limites ao poder regulamentar quanto às condutas a serem proibidas e as penas a serem cominadas.

O princípio da legalidade estrita tem a função de limitar a irracionalidade e arbitrariedade do poder punitivo estatal, motivo pelo qual a tipificação de infrações na esfera administrativa deve ter fundamento e base em normas legais expedidas pelo Poder Legislativo.

¹²⁸ “ADMINISTRATIVO. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE EM PORTARIA E NO ART. 19 DA LEI 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL). IMPOSSIBILIDADE. [...] **Portaria é instrumento normativo que não se presta à descrição de infrações administrativas e imposição de sanções, sob pena de maltrato ao princípio da legalidade.** Precedentes. [...]” (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 2003.37.00.014824-2/MA) (Sem destaques no original).

3.1.2 Procedimentos

O segundo grupo de teorias diferencia as infrações e sanções penais e administrativas em razão do procedimento para a imposição de sanções. Conforme essas teorias, a instância administrativa diferencia-se da penal porque suas sanções são aplicadas por autoridade administrativa; possuem autoexecutoriedade; não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade; e não há registro de sua aplicação em cadastros de infratores.

Na doutrina e jurisprudência brasileira, o principal critério utilizado para identificar as sanções administrativas é a **autoridade competente para sua imposição**: a autoridade administrativa no exercício da função administrativa e identifica-se o ilícito desde a sanção: o ilícito administrativo é aquele que dá ensejo à imposição de uma sanção administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 834; MELLO, 2007, p. 62 et seq.; FERREIRA, D., 2009, p. 188).¹²⁹

Ainda de acordo com essa teoria, como a sanção é imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, seu regime jurídico é diverso das penalidades impostas na via judicial, cuja função exercida é jurisdicional (MELLO, 2007, p. 65).¹³⁰

Fábio Medina Osório (2005, p. 85 et seq.) critica essa posição, por entender que o elemento subjetivo (referente ao sujeito que a aplica) não é essencial para a configuração sanção administrativa, que deve ser identificada pelo conteúdo material dessa função. O autor defende que o Poder Legislativo pode atribuir ao Poder Judiciário a competência para aplicar sanções administrativas:

¹²⁹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PORTARIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Viola o princípio da legalidade a aplicação de penalidade fundamentada em portaria expedida pela autoridade administrativa uma vez que somente a lei pode descrever infrações e cominar penas. 2. **A previsão na Lei nº 4.771/67 de conduta tipificada como contravenção penal não autoriza a aplicação de sanção pela autoridade administrativa.** 3. Remessa oficial a que se nega provimento.” (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REO 2000.01.00.065938-0/MG) (Sem destaques no original).

“ADMINISTRATIVO. CARVÃO. TRANSPORTE. GUIA FLORESTAL. CONTRAÇÃO PENAL.1. Transportar carvão sem licença válida do IBAMA constituía contravenção penal (Lei 4.771, de 15.09.65, art. 26, letra i), punida com prisão simples ou multa ou ambas as penas cumulativamente, que só poderão ser aplicadas pelo juiz. **O funcionário da autarquia não pode aplicar a pena de multa, na hipótese, por não se tratar de infração administrativa.** 2. Portaria não pode prever a infração e a sanção administrativa, só a lei em sentido formal.” (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REO 1998.01.00.002638-7/PA) (Sem destaques no original).

¹³⁰ “Portanto, o traço que identifica a sanção administrativa é formal. De fato, ao atribuir à Administração Pública competência para impor sanção, a lei determina que tal atividade sancionadora seja praticada no exercício da função administrativa, que se diferencia das demais funções estatais, inclusive da jurisdicional, por força de seu regime jurídico.” (MELLO, 2007, p. 65).

Não obstante a presença inevitável de sanções administrativas nas mãos do Poder Executivo, a posição funcional da Administração Pública, como acusadora ou promotora do procedimento ou processo punitivo, dotada de poderes sancionatórios, não é imprescindível à caracterização da sanção administrativa, visto que nada indica, forçosamente, sua contraposição exclusiva a “sanções judiciais”, em termos conceituais. Trata-se, nesse passo, de um injustificado conceito que deixa de atender às bases sancionadoras, delimitando toda a idéia de sanção administrativa por um elemento puramente subjetivo, funcional, relativo à presença da Administração Pública como órgão sancionador em um dos pólos da relação. Em realidade, a sanção administrativa há de ser focada à luz de outros critérios e paradigmas, sem desprezar sua dimensão processual. (OSÓRIO, 2005, p. 87 et seq.).

Consoante leciona Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 3 et seq.), as funções administrativa e jurisdicional destinam-se à realização do Direito, enquanto a função legislativa visa à sua produção. Segundo esse autor, “*legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício) e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão”.

Como as funções administrativa e jurisdicional têm por escopo a aplicação do direito, são, portanto, funções de execução, o que dificulta “fixar para cada uma destas o conceito específico” (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 7). Verifica-se que:

O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional. (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 13 et seq.).

Assim, o mesmo autor diferencia as funções administrativa e jurisdicional quanto ao momento em que a função jurisdicional é chamada a intervir (situação contenciosa surgida no processo de realização do direito); ao modo que é exercida para alcançar sua finalidade (interpretação definitiva do direito controvertido); e a sua finalidade (“o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada”) (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 14 et seq.).

No ordenamento jurídico brasileiro, a função administrativa é exercida por todos os poderes públicos, no que concerne a organização e gestão interna de cada um. Segundo a

doutrina, a função administrativa é exercida exclusivamente pelo Poder Executivo em relação às atividades que lhes são atribuídas privativamente pela CRFB/88 (prestação de serviços públicos, gestão de bens públicos, intervenção no domínio econômico e exercício do poder de polícia) (PIETRO, 2009, p. 54 et seq.).

Em relação ao poder de polícia apenas a fiscalização é função atribuída com exclusividade ao Poder Executivo, pois a imposição e execução de sanções também são atribuídas ao Poder Judiciário. O poder de polícia integra o poder punitivo estatal e este é exercido, em parte, pela Administração, no exercício da função administrativa, e, em parte, pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional.

Contudo, mesmo a distinção entre essas funções é procedimental e não material, pois o conteúdo da atividade exercida é o mesmo, independentemente da autoridade que impõe a sanção. Por isso, a alteração do regime jurídico com base na autoridade competente para a imposição das sanções somente pode ocorrer quanto a princípios que não se vinculam à atividade.

O processo diferenciado não decorre da autoridade competente para imposição da sanção punitiva, pois os processos podem ser diversificados na mesma instância. O ordenamento jurídico brasileiro admite, mesmo na instância penal, procedimentos diversos para a aplicação de sanções penais, dos quais não deriva autonomia às sanções impostas.

A identificação da natureza da sanção pela autoridade competente para sua imposição multiplica as esferas punitivas. Cada sanção é considerada autônoma em relação às já existentes, desde que imposta por autoridade diversa.

No ordenamento jurídico brasileiro, o poder punitivo não se manifesta apenas nas esferas penal e administrativa geral. Atribui-se autonomia, em razão da autoridade competente para imposição da sanção, à esfera punitiva cível, à dos Tribunais de Contas, à administrativa disciplinar e à política. Ao se atribuir autonomia e independência a cada uma dessas instâncias, permite-se a reiteração do exercício do poder punitivo, pois os mesmos fatos são objeto de distintas sanções e processos, independentemente do resultado de cada um deles.

Nesse sentido, a Lei 8.429/92, ao tipificar os atos de improbidade administrativa, atribuiu ao Poder Judiciário a competência para aplicação de suas sanções, sem retirar a competência da Administração Pública para sancionar os mesmos fatos. Embora a CRFB/88 permita a cumulação de sanções por atos de improbidade com sanções penais e civis reparatórias; atualmente, o mesmo fato pode ser processado e punido na esfera cível reparatória e punitiva, nos termos da Lei 8.429/92; na esfera penal, se a conduta consumir

tipo penal; na esfera administrativa disciplinar, nos termos dos estatutos dos servidores; e, na esfera dos Tribunais de Contas, se caracterizada a má-gestão de bens ou dinheiros públicos.

O descumprimento de obrigações impostas nas relações gerais não é sancionado apenas pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador, pois a ordem jurídica brasileira também admite a punição na esfera judicial não penal. A legislação atribui ao Ministério Público e ao Poder Judiciário competências para investigação e imposição de penalidades, fora da esfera penal, por condutas ilícitas em relação a obrigações impostas no âmbito das relações gerais (v. g., arts. 97, §1º, e 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³¹).

Outra questão a ser destacada é a interdependência entre as instâncias, pois a legislação brasileira admite que pronunciamentos de autoridades administrativas levem à extinção da punibilidade na esfera penal. Em outras hipóteses, como em relação aos crimes tributários, conforme a natureza da infração penal, é necessária a manifestação administrativa para o início da ação penal. A legislação também admite que decisões administrativas levem à extinção da punibilidade de crimes consumados. Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 272), na vigência da Lei 8.884/94, destacou a competência de autoridades administrativas integrantes da SDE para promoverem acordos de leniência¹³² com:

¹³¹ “Art. 97 [...] §1º. Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade. [...] Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: [...] IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. [...] Art. 194. O procedimento para imposição de **penalidade administrativa** por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível. [...] Art. 195. O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, [...]. Art. 196. Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, **a autoridade judiciária** dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo. Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente) (Sem destaques no original).

¹³² “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que

[...] pessoas sujeitas a investigação, na vigência dos quais se suspende a possibilidade de instauração de processo administrativo pelo CADE ou ação penal pelo Ministério Público, extinguindo-se a punibilidade tanto pelas infrações administrativas como pelos crimes praticados “contra a ordem econômica”, desde que cumpridos os termos do acordo de colaboração com a SDE.

A Lei 8.884/94 foi revogada pela Lei 12.529/2011 que manteve a previsão de celebração do acordo de leniência, cuja declaração de cumprimento, pela autoridade administrativa, leva à extinção da punibilidade por crimes contra a ordem econômica e os diretamente relacionados à prática de cartel.¹³³

Assim, na ordem jurídica brasileira, as esferas punitivas se interrelacionam. Nesse contexto de interrelação, a competência para aplicação da sanção punitiva não possibilita sua imposição sem as garantias e princípios constitucionais dirigidos ao exercício do poder punitivo. Esses princípios, por serem impostos ao Poder Legislativo, como limites a sua atuação, não podem ser afastados por leis infraconstitucionais.

Quanto ao regime jurídico da sanção, há doutrina que diferencia as sanções penais e administrativas, tendo em vista que **a sanção administrativa possui autoexecutoriedade**, mas não a sanção penal; que **a sanção penal pode ser convertida em pena prisional**, mas não a administrativa, e que a **inscrição no livro de antecedentes criminais** só existe no âmbito penal.

No Brasil, nem todas as sanções administrativas possuem autoexecutoriedade. A doutrina somente admite a autoexecutoriedade se houver expressada previsão legal ou em caso de urgência, se a medida for imprescindível ao resguardo do interesse público e não comportar as demoras do processo judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 829). Como a

comprovem a infração noticiada ou sob investigação. [...] §5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. [...] Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.” (BRASIL, Lei 8.884, de 11/06/1994).

¹³³ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.” (BRASIL, Lei 12.529, de 30/11/2011).

aplicação da sanção pelo descumprimento de obrigações não é urgente, apenas medidas cautelares podem ser impostas na ausência de previsão legal.

A execução forçada da pena de multa administrativa exige a instauração do processo judicial, tendo em vista que a lei não lhe atribui autoexecutoriedade, o que demonstra que essa característica não é intrínseca às sanções administrativas. O ordenamento jurídico brasileiro impõe o mesmo regime de execução à multa penal e à administrativa: o processo de execução fiscal regulado pela Lei 6.830, de 22/09/1980 (BRASIL).¹³⁴

Mesmo nos casos em que a lei garante autoexecutoriedade à sanção administrativa, nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88,¹³⁵ mediante pedido do interessado, o Poder Judiciário tem competência para afastar sua execução imediata até que se decida quanto à licitude de sua imposição.

A ordem jurídica brasileira também não admite, em caso de inadimplemento da sanção penal diversa de pena privativa de liberdade, sua conversão nessa pena. Admite-se apenas a revogação de sua conversão em restritiva de direitos, de sua suspensão ou da suspensão condicional do processo.

Não há possibilidade de imposição da pena privativa de liberdade no caso de infração penal para qual essa pena não é cominada como sanção principal. Esse é o caso do crime de posse de drogas para uso próprio, das hipóteses de imposição de sanções penais às pessoas jurídicas ou da expressa previsão no art. 51 do Código Penal, que impede a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

Embora a **inscrição em cadastros de antecedentes** criminais seja tradicional na esfera penal, inicia-se o uso de expedientes semelhantes na esfera administrativa. Nesse sentido, há leis que impõem a existência de cadastros para registro de infrações e de outras informações de interesse da Administração (v. g.: prontuários dos condutores habilitados).¹³⁶

¹³⁴ “Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.” (BRASIL, Lei 9.873, de 23/11/1999).

“Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” (BRASIL, Código Penal).

Em sentido diverso dispõe a lei dos juizados especiais: “Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.” (BRASIL, Lei 9.099 de 26/09/95).

¹³⁵ “Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹³⁶ “Art. 153. O candidato habilitado terá em seu prontuário a identificação de seus instrutores e examinadores,

Outras leis preveem que a reincidência por infração administrativa agrave a penalidade, determinação que somente pode ser cumprida se existentes registros punitivos de infrações administrativas.¹³⁷

3.1.3 Sanções

O último grupo de critérios formais baseia a autonomia e diversidade da esfera administrativa em relação à penal na **natureza de suas sanções**. Tendo em vista que, com exceção da pena privativa de liberdade, as sanções aplicadas, na esfera administrativa geral, são da mesma natureza que as aplicadas na esfera penal, a doutrina identifica a sanção administrativa pela autoridade competente para sua imposição. Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 62) defende que a peculiaridade, que identifica a sanção administrativa e a distingue das demais sanções, “diz respeito ao sujeito competente para sua imposição, a saber, a própria Administração Pública”.

A qualificação da sanção administrativa pela autoridade que a impõe – embora seja distinção formal válida – não justifica o regime diferenciado para o exercício do poder punitivo nas esferas penal e administrativa, pois a competência para o exercício da atividade não altera suas características essenciais, nem sua natureza (AFTALIÓN, 1955, p. 17 et seq.).¹³⁸ A identificação do poder punitivo¹³⁹ é feita pela possibilidade imposição da pena¹⁴⁰ e

que serão passíveis de punição conforme regulamentação a ser estabelecida pelo CONTRAN. [...] Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em modelo único e de acordo com as especificações do CONTRAN, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterà fotografia, identificação e CPF do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional. [...] §8º A renovação da validade da Carteira Nacional de Habilitação ou a emissão de uma nova via somente será realizada após quitação de débitos constantes do prontuário do condutor. [...] Art. 259. A cada infração cometida são computados os seguintes números de pontos: I - gravíssima - sete pontos; II - grave - cinco pontos; III - média - quatro pontos; IV - leve - três pontos. [...] Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN. §1º Além dos casos previstos em outros artigos deste Código e excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir será aplicada quando o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a contagem de 20 (vinte) pontos, conforme pontuação indicada no art. 259. [...] §3º A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir elimina os 20 (vinte) pontos computados para fins de contagem subsequente.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

¹³⁷ “Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica. Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza após o recebimento de notificação anterior. [...] Art. 178. A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção.” (BRASIL, Lei 9.472, de 16/07/1997).

¹³⁸ Conforme exposto no tópico anterior.

¹³⁹ Conforme desenvolvido no capítulo 2, tópico 2.3.2.

¹⁴⁰ “É a pena que distingue o direito penal dos demais ramos do Direito, onde igualmente se encontram

não pela autoridade competente para sua imposição.

A pena não é identificada pelo tipo de prestação exigida ou de direito restringido, mas pela restrição de direito, pela prática de ato ilícito, cuja finalidade não seja reparatória ou cautelar. Sua imposição pode ser instrumentalizada pelo direito penal e processual penal, pelo direito administrativo sancionador ou pelo direito processual civil.

Quanto ao tipo de medidas restritivas caracterizadas como penas, a ordem jurídica nacional limita o Poder Legislativo quanto ao uso, na esfera administrativa e na judicial não penal, de determinadas medidas.

A primeira restrição diz respeito ao uso da **pena privativa de liberdade** que tem aplicação restrita na esfera administrativa e na judicial não penal. A CRFB/88 assegura o uso da pena privativa de liberdade, primordialmente, à esfera penal e autoriza, em caráter excepcional, seu uso na esfera administrativa disciplinar, pelo descumprimento de ordenações administrativas militares, e na esfera judicial não penal, pelo inadimplemento de obrigação alimentar.¹⁴¹

A autorização constitucional para a utilização da pena privativa de liberdade nas esferas administrativa e judicial não penal, ainda que de forma restrita, impossibilita a identificação da esfera penal com base na utilização dessa pena: não é possível defender ou justificar a diversidade do regime jurídico penal em relação ao administrativo com base na possibilidade de imposição dessa pena. Se assim fosse, as garantias penais estariam limitadas às hipóteses em que essa pena é aplicável e não seriam exigidas na imposição de outros tipos de pena.

Embora a atribuição da pena privativa de liberdade – de forma quase exclusiva – ao Poder Judiciário não possibilite a identificação da esfera penal em relação ao direito administrativo sancionador, a CRFB/88 limita o Poder Legislativo ao impedir a imposição dessa pena na esfera administrativa geral.

proibições ou mandatos destinados a controlar aqueles fatos socialmente negativos ou situações conflituosas afetadores de interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, a pena refletindo a opção por uma forma de controle excludente de outros estilos que costumavam surgir quando se está diante de situações negativas, conflituosas, indesejáveis ou problemáticas.” (KARAM, 2000, p. 335 et seq.).

¹⁴¹ “[...] Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. [...]” (BRASIL, STF, RE 349.703/RS).

Contudo, no âmbito das relações gerais, a legislação brasileira admite a restrição administrativa da liberdade de locomoção das pessoas, independentemente de autorização judicial, com fundamento na necessidade de prevenção ou tratamento.¹⁴² Essas medidas são normas penais não manifestas (ZAFFARONI et al., 2011, p. 88) e é cabível o questionamento da constitucionalidade dessas normas, por permitem a restrição compulsória da liberdade de locomoção sem a intervenção judicial, fora das hipóteses constitucionais.

Outro motivo que impede a identificação da esfera penal, com base na aplicação da pena privativa de liberdade, é que a CRFB/88 prevê outros tipos de medidas punitivas e a privação de liberdade é apenas uma delas.

Não há obrigatoriedade de que a esfera penal utilize exclusivamente a pena privativa de liberdade.¹⁴³ Pelo contrário, a existência de “infrações penais de menor potencial ofensivo”,¹⁴⁴ processadas e julgadas em procedimento simplificado, que admite a transação, impõe restrições ao uso da pena privativa de liberdade mesmo na esfera penal. Em relação a essas infrações a pena privativa de liberdade não deve ser aplicada devido à natureza sumária do processo em que as sanções são impostas.¹⁴⁵

Também em relação às sanções que podem ser impostas na via administrativa, o Poder Legislativo se encontra limitado pelo art. 5º, XIX, da CRFB/88, segundo o qual: “**as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial**, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”. Portanto, essa sanção não pode ser imposta na esfera administrativa.

Ainda em relação às penas impostas na esfera administrativa ou na judicial não

¹⁴² “Art. 8º. A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento. §1º **A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.** [...]” (BRASIL, Lei 10.216, de 06/04/2001) (Sem destaques no original).

¹⁴³ “Art. 5º. [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹⁴⁴ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹⁴⁵ Não se desconhece que, a despeito desse entendimento, a Lei que regulou o art. 98 da CRFB/88 admite a aplicação da pena privativa de liberdade nessas hipóteses: “Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.” (BRASIL, Lei 9.099, de 26/09/1995).

penal, questão que demanda análise da doutrina brasileira é a **restrição de direitos políticos**, pois, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que esses direitos somente podem ser restringidos em processo penal.¹⁴⁶

Impõe-se estudo da questão, com base o julgamento do Recurso Extraordinário 349.703 (BRASIL, STF), em que o STF decidiu que as normas dos tratados internacionais, ratificados pela República Federativa do Brasil, têm *status* supralegal.

Nesse Recurso Extraordinário, discutiu-se a admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista que CRFB/88 a admite,¹⁴⁷ mas a Convenção Americana de Direitos Humanos apenas ressalva a prisão civil pelo inadimplemento de obrigação alimentar.¹⁴⁸ O STF, ao atribuir *status* supralegal às normas da Convenção, reconheceu a incompatibilidade com ela da legislação que prevê a prisão civil do depositário infiel, motivo pelo qual declarou sua inaplicabilidade.

Caso a interpretação do STF, no sentido da supralegalidade das convenções sobre direitos humanos, seja mantida, as leis ordinárias e complementares que preveem a suspensão ou cassação de direitos políticos, em desacordo com o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem se tornar inaplicáveis. Deve-se analisar se basta o processo penal para imposição da suspensão de direitos políticos ou se também se exige que a imposição dessa sanção tenha como causa infrações penais.

Portanto, de acordo com o *status* supralegal, atribuído pelo STF à Convenção Americana de Direitos Humanos, a suspensão de direitos políticos é penalidade que não pode ser aplicada nem pela Administração, nem pelo Poder Judiciário, fora da esfera penal.

¹⁴⁶ “Artigo 23 - Direitos políticos: 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. **A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.**” (BRASIL, Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pelo Decreto 678, de 6/11/1992) (Sem destaques no original).

¹⁴⁷ “Art. 5º. [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

¹⁴⁸ “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal: [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (BRASIL, Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pelo Decreto 678, de 6/11/1992).

3.2 CRITÉRIOS MATERIAIS DE IDENTIFICAÇÃO DA INSTÂNCIA PUNITIVA PENAL

Os **critérios materiais** pressupõem a existência de aspecto extrajurídico (ou, ao menos, externo ao Direito Penal) que permita identificar os ilícitos penais com base na conduta, como fato natural ou como fato constitucionalmente determinado. Busca-se, no mundo do ser, a diferença entre as condutas puníveis na esfera penal e na administrativa, que justifique o regime jurídico diferenciado de imputação de sanções e que vincule o Poder Legislativo.

O Estado de Direito impôs novos delineamentos ao exercício do poder punitivo em relação ao regime anterior (LOPES, 1999, p. 325). De acordo com a ideologia do liberalismo, o Estado não poderia, livremente, restringir a esfera privada. Nesse sentido, a Constituição Portuguesa de 1822 determinou que nenhuma lei, especialmente a penal, poderia existir sem absoluta necessidade¹⁴⁹ e a Declaração (francesa) dos Direitos do Homem de 1789 estabeleceu que a lei somente poderia cominar penas estritamente necessárias.¹⁵⁰ Alguns estados europeus transferiram ao Poder Judiciário a competência para aplicação de penas, por considerarem que, de acordo com a separação das atividades e poderes estatais, essa atividade é função tipicamente jurisdicional (LOZANO, 1990, p. 394).

Nesse contexto de mínima intervenção estatal, a doutrina iniciou a análise das condições necessárias a que determinadas condutas pudessem ser consideradas criminosas. O conceito e o conteúdo material da conduta criminosa surgiram com a finalidade de limitar a discricionariedade legislativa, motivo pelo qual o conceito de crime deveria ser preexistente à ordem jurídica (DIAS, 2001, p. 35). Buscou-se também estabelecer critérios críticos do direito vigente (DIAS, 2001, p. 35).

As concepções materiais visam a delimitar o âmbito de atuação do direito penal em relação a outras normas e ao irrelevante jurídico. Elas se manifestam em duas vertentes: alguns autores buscam fora do ordenamento jurídico situações que caracterizam a conduta criminosa ou o sujeito criminoso; enquanto outros buscam na ordem jurídica, mas fora da

¹⁴⁹ “TÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS DOS PORTUGUESES. CAPÍTULO ÚNICO. ARTIGO 10. Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade.” (PORTUGAL, Constituição Portuguesa de 23/09/1822).

¹⁵⁰ “Article VIII. La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.” (FRANÇA, Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789) (Tradução livre: “A lei não deve estabelecer penas senão as estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicável.”).

esfera penal, especialmente na Constituição, a identificação da esfera penal.¹⁵¹

3.2.1 Critério valorativo

Em seus primórdios, o conceito material de crime objetivou delimitar a esfera de liberdade individual e inibir interferências estatais **indevidas** nessa esfera. No Estado Social, a ampliação das competências do Poder Executivo e a transferência a ele do exercício do poder punitivo, em áreas antes reservadas ao Poder Judiciário, levaram a doutrina a procurar, no conceito material de crime, a identificação e diferenciação das esferas penal e administrativa sancionadora. A esfera penal passou a ser concebida como *ultima ratio* em relação às demais formas de intervenção estatal.

As demandas do Estado Social levaram ao incremento da criminalização nos países que aderiram ao monopólio judicial do exercício do poder punitivo. Nesses países, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública teve por fim retirar, do âmbito das proibições penais, essas **novas** incriminações.¹⁵²

O direito de ordenação social resultou dos efeitos convergentes de dois fenómenos de diferente natureza: por um lado, a consagração e efectivação do **Estado de Direito Social**; por outro a afirmação de uma **nova política criminal** que procurou reduzir o direito penal a um verdadeiro último recurso da política social e da política jurídica. (CARVALHO, 2008, p. 121).

No final do século XIX e início do XX, iniciaram-se, na Europa, os debates sobre a diferença entre o direito penal e o administrativo sancionador. O principal expoente da autonomia material do (então, denominado) Direito Penal Administrativo em relação ao Direito Penal foi James Goldschmidt, que firmou diversas proposições para a garantia de autonomia material entre essas disciplinas.

¹⁵¹ Várias foram as perspectivas pelas quais buscou-se definir o conteúdo material da conduta criminosa ou a identificação do sujeito criminoso. Pode-se citar a **perspectiva positivista sociológica**, segundo a qual existiria um “delito natural” que “teria como denominador comum a característica de possuir na sua base uma *conduta socialmente danosa*” (DIAS, 2001, p. 37); a **perspectiva moral (ético-)social**, que definia materialmente os atos criminosos como *violação dos deveres éticos sociais elementares* e atribuía ao Direito Penal a função de “assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos de acção” (DIAS, 2001, p. 39); a **perspectiva racional**, segundo a qual o conceito de crime deve ser encontrado na função que o Direito Penal se adscribe no sistema jurídico social e, portanto, resultar da função do Direito Penal de tutela subsidiária dos bens jurídicos (DIAS, 2001, p. 32 et seq.).

¹⁵² “Na verdade, o **movimento da descriminalização** opunha-se a que estas novas infracções à ordenação social fossem incluídas no direito penal. É que este movimento, baseado no princípio da intervenção mínima do direito penal, só podia aceitar a criminalização das condutas, que fossem, por um lado ético-socialmente muito graves (tivessem a chamada ‘dignidade penal’) e que, por outro lado e além disso, não houvesse outros meios sancionatórios, além das penas, susceptíveis de proteger tais valores sociais (i. é, em relação às quais se afirmasse a chamada ‘necessidade penal’).” (CARVALHO, 2008, p. 124).

O principal critério defendido por esse teórico, posteriormente, desenvolvido por outros autores (BELEZA DOS SANTOS, s/d., p. 39 et seq.), é que a conduta penalmente relevante constitui ilícito natural, devido a seu desvalor ético-social, enquanto o ilícito administrativo possui neutralidade ética em seu conteúdo, pois consiste em mera desobediência às determinações administrativas.

Deve-se agora firmar a diferença entre a norma de Direito penal administrativo e a de Direito penal de justiça. Ambas implicam limites à vontade. Porém, somente a norma do último é, como puro preceito penal, expressão de juízo ou de valoração, uma expressão de convicção. Sua natureza se manifesta em que cada uma dessas normas contém uma proibição de causar um prejuízo ou de criar um risco [...], isto é, em sua função concreta e material, assim denominada pela corrente dominante, de proteger bens jurídicos. Nela, mostra-se o componente ético dessas normas, a que – ainda que não incondicionalmente para todo o Direito – correspondem às palavras de Jellinek de “mínimo ético”. Esse componente ético, no qual se reflete esse juízo de valoração, falta à norma de Direito Penal Administrativo. (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 302, tradução livre¹⁵³).

As formulações iniciais desse critério tiveram, por pressuposto, a existência do delito natural.¹⁵⁴ Segundo esse conceito, a ilicitude de determinadas condutas decorre delas mesmas, independentemente de sua qualificação pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual são punidas pelo direito penal. Diferentemente, aplicam-se as sanções administrativas a condutas cuja ilicitude decorre, exclusivamente, da norma jurídica que a proíbe. Portanto, o ilícito administrativo é criado pela vontade do Estado¹⁵⁵ e consiste em “[...] um delito de

¹⁵³ No original: “Corresponde ahora establecer la diferencia de la norma del Derecho penal administrativo y la del Derecho penal judicial. Ambas implican límites a la voluntad. Pero solamente la norma del último es, como puro precepto penal, una expresión de juicio o de valoración, una expresión de convicción. Su naturaleza se manifiesta en que cada una de esas normas contiene una prohibición, de causar un perjuicio o de crear un riesgo [...], esto es, en su función concreta y material, así denominada por la corriente dominante, de proteger bienes jurídicos. En ella, se muestra el componente ético de esas normas, al que – aunque no incondicionalmente para todo el Derecho – corresponden las palabras de Jellinek de ‘mínimo ético’. Ese componente ético, en el que se refleja ese juicio de valoración, la falta a la norma del Derecho penal administrativo.”

¹⁵⁴ “Os delitos do Direito Penal criminal seriam, segundo Goldschmidt, Wolf, Lange, Bockelmann e Michels delitos ‘naturais’ per se, ‘de Direito Natural’, ‘previamente dados’, ou ‘metapositivos’, enquanto que os delitos administrativos seriam ‘delitos artificiais’, ou ‘criados só pela vontade do Estado’.” (CEREZO MIR, 1993, p. 28).

¹⁵⁵ “Resulta obvio, por tanto, que el Derecho penal judicial castiga la infracción de normas que se dirigen no a órganos con personalidad (*gliedpersonlichkeit*) sino a personas individuales. Así lo son las prohibiciones caracterizadas más arriba de lesión o de puesta en peligro, cuya infracción siempre constituye una lesión o posta en peligro de un bien jurídico y que, por eso, siempre se configura como la vulneración de un deber ético jurídico. Estos deberes éticos, que sancionan legalmente las normas, y en cuya consideración aparecen esas normas como los más puros tipos de los preceptos legales que establecen obligaciones, son las exigencias, que desde el punto de vista de la sociedad humana se imponen a sus miembros, como individuos que razonan lo que desean; constituyen el correlato necesario del reconocimiento social del individuo como

desobediência, cuja norma infringida é, sem embargo, policial” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 299, tradução livre), (CEREZO MIR, 1993, p. 28).

De acordo com essa teoria, a ilicitude é diferenciada, pois as infrações administrativas são ilícitos meramente formais, derivados da vontade estatal, que lesam interesses da Administração e cujas sanções têm a finalidade de “chamar o desobediente e lembrar-lhe seus deveres” (CEREZO MIR, 1993, p. 28).

A dificuldade em determinar o conceito e o conteúdo do delito natural, devido à historicidade e à contingência do direito, levou à vinculação desse conceito ao momento histórico e à sociedade. Sob essa perspectiva, a infração penal é ético-socialmente relevante e a infração administrativa é ético-socialmente neutra, em determinado contexto social (CEREZO MIR, 1993, p. 28).¹⁵⁶

Segundo a doutrina, essa proposta foi, de certa forma, adotada pela Lei Penal Econômica Alemã de 1949,¹⁵⁷ que impôs, como critério de diferenciação entre crimes

persona, esto es, como poseedor de derechos. El Derecho penal administrativo del Estado, por el contrario, se dirige frente a la infracción de normas que no ha engendrado la convicción ética e íntima de la sociedad, sino el deseo del Estado. En ellas, el poder interno no expresa la convicción común sobre el individuo, sino el poder externo de la organización sobre sus miembros. [...] Su trasgresión no es, en todo caso individual, una lesión de un deber ético jurídico, sino una pura desobediencia a órdenes administrativas legalmente sancionadas. Los deberes individuales éticos vulnerados por esa desobediencia, como consecuencia de la naturaleza moral del Estado que ejerce el poder ejecutivo, por ejemplo en las disposiciones de policía ‘que prohíben las alteraciones del orden público’, desaparecen y deben desaparecer por los motivos reiteradamente citados ante la vulneración del deber de obediencia orgánica.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 303 et seq.) (Tradução livre: “Resulta óbvio, portanto, que o Direito penal de justiça pune a infração a normas que se dirigem não a órgãos com personalidade (*gliedpersonlichkeit*), mas a pessoas individuais. Assim o são as proibições caracterizadas de lesão ou de geração de perigo, cuja infração sempre constitui lesão ou perigo a um bem jurídico e que, por isso, sempre configura-se como vulneração de um dever ético jurídico. Estes deveres éticos, que as normas legais sancionam e em cuja consideração aparecem essas normas como os mais puros tipos de preceitos legais que estabelecem obrigações, são as exigências que, do ponto de vista da sociedade humana, impõem-se a seus membros, como indivíduos que raciocinam o que desejam; constituem o correlato necessário do reconhecimento social do indivíduo como pessoa, isto é, como possuidor de direitos. O Direito penal administrativo do Estado, pelo contrário, dirige-se à infração de normas que não geraram a convicção ética e íntima da sociedade, mas o desejo do Estado. Nelas, o poder interno não expressa a convicção comum sobre o indivíduo, mas o poder externo da organização sobre seus membros [...]. Sua transgressão não é a lesão de um dever ético jurídico, mas pura desobediência a ordens administrativas legalmente sancionadas. Os deveres individuais éticos vulnerados por essa desobediência, como consequência da natureza moral do Estado que exerce o Poder Executivo, por exemplo nas disposições de polícia ‘que proíbem as perturbações da ordem pública’, desaparecem e devem desaparecer, pelos motivos reiteradamente citados, ante à vulneração do dever de obediência orgânica.”).

¹⁵⁶ “[...] o âmbito dos imperativos que, realizando essas finalidades ou interesses, são fundamentáveis na consciência ética da sociedade – e que, por isso, justifica, quando violados, a aplicação de penas criminais, por oposição aqueles outros que são eticamente neutros e cuja infracção, portanto, só pode implicar uma pura censura social – alarga-se mais ou menos conforme o lugar, o tempo e as circunstâncias. Daí a justeza da idéia de que tal como a historicidade é inseparável da existência do homem e dos sentidos que lhe cumprem, também o núcleo do ilícito criminal se transforma no tempo, na medida em que é influenciado pela sua dimensão histórica.” (CORREIA, 1973, p. 268 et seq.).

¹⁵⁷ “Las primeras leyes despenalizadoras (la ley penal económica de 1949 y la ley sobre infracciones de orden de

econômicos e contravenções, a extensão dos efeitos do fato: devia-se analisar “se os efeitos do fato permanecem no âmbito interno da Administração (sendo, portanto, contravenções) ou se são suscetíveis de afetar ‘a capacidade da ordem econômica protegida pelo Estado’” (JAKOBS, 2009, p. 86). Essa teoria ofereceu substrato ideológico à descriminalização ocorrida na Alemanha no início do século XX (LOZANO, 1990, p. 403).¹⁵⁸

Atualmente, parte da doutrina defende essa concepção,¹⁵⁹ ainda que a maioria desses autores conjugue o critério da valoração ética da conduta com o critério da proteção dos bens jurídicos, conforme já proposto por James Goldschmidt (2010, p. 294).¹⁶⁰ Esse

1952) respondían a esta concepción y así, la ley de 1949 definía en su artículo 3 el ilícito penal como aquellos comportamientos ‘susceptibles por sus dimensiones, de influir de modo considerable sobre las finalidades del ordenamiento económico, en especial del vigente orden de mercado y de la normal evolución de los precios (...)’, considerando que ‘en los demás casos, el ilícito constituye *ordnungswidrigkeit*’.” (LOZANO, 1990, p. 403 et seq.) (Tradução livre: “As primeiras leis despenalizadoras (a lei penal econômica de 1949 e a lei sobre infrações da ordem de 1952) aderiram a essa concepção e assim, a lei de 1949 definia, em seu art. 3, o ilícito penal como os comportamentos ‘susceptíveis, por suas dimensões, de influir de modo considerável sobre as finalidades do ordenamento econômico, em especial, da vigente ordem de mercado e da normal evolução dos preços (...)’, considerando que ‘nos demais casos, o ilícito constitui infração administrativa’.”).

¹⁵⁸ Atualmente, a legislação alemã estabelece limite formal entre crimes e contravenções: essas caracterizam-se pela imposição de multa administrativa que não pode ser convertida em pena privativa de liberdade (JAKOBS, 2009, p. 87).

“Pero los criterios cualitativos de distinción del ilícito penal y del administrativo, que surgieron para desgajar del ámbito penal algunos supuestos determinados de infracciones, no hicieron fortuna por las contradicciones que en sí mismos entrañaban y porque la propia evolución del proceso despenizador se ha orientado, guiado por exigencias garantizadoras, hacia criterios y principios penalísticos que han venido a confirmar la identidad sustancial de los dos órdenes punitivos. El legislador de 1968 optó en este sentido por una definición meramente formal del ilícito administrativo: ‘constituye ilícito administrativo (*ordnungswidrigkeit*) un hecho antijurídico y culpable que integra el tipo de una ley para el cual está establecida una pena pecuniaria (*Geldbusse*)’ (art. 1.º).” (LOZANO, 1990, p. 403 et seq.) (Tradução livre: “Porém, os critérios qualitativos de distinção do ilícito penal e do administrativo, que surgiram para limitar o âmbito penal a supostos determinados de infrações, não fizeram fortuna pelas contradições que traziam em si mesmos e porque a própria evolução do processo despenizador se orientou, guiado por exigências garantidoras, por critérios e princípios penais que vieram a confirmar a identidade substancial das duas esferas punitivas. O legislador de 1968 optou, nesse sentido, por uma definição meramente formal do ilícito administrativo: ‘constitui ilícito administrativo (*ordnungswidrigkeit*) um fato antijurídico e culpável que integra o tipo de uma lei e para o qual esteja estabelecido uma pena pecuniária (*Geldbusse*)’ (art. 1.º).”).

Em sentido contrário: “Na Alemanha – espaço de juridicidade que, pela primeira vez, regulamentou positivamente as denominadas contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*), inicialmente na Lei Penal Econômica (*Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949) e, posteriormente, em 1952, na lei das Contra-Ordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OwiG*), após uma secular discussão acerca da distinção material entre os ilícitos penal e administrativo que, inclusive, remonta aos célebres escritos de Feuerbach e Luden (séc. XIX)–, a questão é hoje predominantemente recepcionada em favor de uma diferenciação de acento quantitativo.” (D’AVILA, 2006, p. 16 et seq.).

¹⁵⁹ Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 243) afirma que cabe ao Direito Administrativo Sancionador “a punição de todas as condutas que puderem ser por ele coibidas sem que possuam especial conteúdo ético. Já as condutas que, reunindo um conteúdo ético-social relevante, não puderem por outro modo ser prevenidas eficazmente demandarão, por sua especial gravidade, a sanção penal”.

¹⁶⁰ “Como criterio más seguro para saber si una infracción es punible desde el punto de vista penal o administrativo, el jurista en todo momento se sirve del tipo que regula la conducta. Mientras el delito comprende junto al elemento formal de la antijuridicidad, uno material, el menoscabo de un bien jurídico, el ilícito administrativo encierra solamente un elemento formal, la antijuridicidad administrativa, o más

critério é defendido pela doutrina portuguesa,¹⁶¹ que tem em Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 146) um de seus principais defensores:

Existem na verdade condutas a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso, axiológico-socialmente relevante, no segundo caso axiológico-socialmente neutra. O que no direito de mera ordenação social é axiológico-socialmente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal; sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social. [...] No caso das contra-ordenações, pelo contrário, não se verifica uma correspondência imediata da conduta a uma valoração mais ampla daquele tipo, pelo que, se, não obstante ser assim, se verifica que o direito valora algumas destas condutas como ilícitas, tal só pode acontecer porque o substrato da valoração jurídica não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal. Este substrato complexo é que suporta a valoração da ilicitude; a conduta em si mesma considerada, pelo contrário, considerada independentemente da proibição, não é substrato idóneo do juízo de desvalor próprio da ilicitude.

Com base nessa diferenciação, há doutrina que rejeita o exercício de iguais garantias nas instâncias penal e administrativa (CORREIA, 1973, p. 267 et seq.). Entende-se que “o direito administrativo sancionador não é parte do direito penal, nem é um direito penal

concretamente aún, el quebrantamiento de una disposición administrativa.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 294) (Tradução livre: “Como critério mais seguro para saber se uma infração é punível sob o ponto de vista penal ou administrativo, o jurista, em todo o momento, serve-se do tipo que regula a conduta. Enquanto o crime compreende o elemento formal da antijuridicidade acrescido de um elemento material: o menosprezo a um bem jurídico; o ilícito administrativo encerra somente um elemento formal, a antijuridicidade administrativa, ou mais concretamente ainda, a violação de uma disposição administrativa.”).

¹⁶¹ “A actividade da Administração, nos quadros do Estado-social, supõe na verdade, muitas vezes, apenas uma colaboração dos particulares, traduzida em simples deveres de registro, de informação, de sujeição a inquéritos, etc.. Mas quando assim seja, as normas que impõem tais obrigações constituem formas longínquas ou indiretas de promoção do Bem-estar. Daí que a sua violação também só longínqua e indiretamente ponha em perigo a frustração dos fins que o Estado-social prossegue. E daí também que os agentes dessas infracções, muito embora possam, de algum modo, revelar uma certa associabilidade, estão muito longe de merecer um juízo ético-jurídico de censura. Certo, isto não significa que o Estado não possa ou não deva reagir contra tais violações. O que não deverá é utilizar nessa reacção penas criminais com o sentido ético-jurídico de retribuição, expiação ou recuperação social que as caracteriza. Impõe-se-lhes, antes, que lance mão, nesses casos, de outro tipo de medidas que exprimam apenas uma censura de natureza social, e se traduzam num mal com o sentido de mera advertência despido de toda a mácula ético-jurídica. Tais hipóteses devem, pois, enquadrar-se, não no ilícito criminal, mas no ilícito administrativo e, portanto, em vez de penas criminais, só podem corresponder-lhes reacções desprovidas dos sinais que caracterizam aquelas sanções. A esta luz, uma coisa será o direito criminal, outra coisa, o direito relativo à violação de uma certa ordenação social, a cujas infracções correspondem reacções de natureza própria. **Este é, assim, um aliud que, qualitativamente, se diferencia daquele, na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal.**” (CORREIA, 1973, p. 267 et seq.) (Sem destaques no original).

especializado, tampouco contém normas incriminadoras” e que essas esferas são diferenciadas pela “diversa ‘ressonância ética’, peculiar ao direito penal, que não qualifica o ilícito administrativo” (CORACINI, 2004b, p. 259).

Contesta-se esse critério, pois a análise da legislação positiva dos diversos países demonstra a discricionariedade legislativa quanto à tipificação de infrações penais e administrativas: o Poder Legislativo pode transformar crimes em infrações administrativas e vice-versa.

A doutrina aponta ainda que o Poder Legislativo não tem competência para cominar penas, mesmo na esfera administrativa, sem que estejam em causa condutas socialmente relevantes. Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 120) sustenta que as condutas tipificadas como ilícitos de mera ordenação social não são axiológico-socialmente irrelevantes, pois, se assim fosse, “teríamos de concluir que as decisões legislativas de qualificação como ilícitos de mera ordenação eram inteiramente desvinculadas, i.é, eram inteiramente discricionárias, ou até arbitrárias”. José Cerezo Mir (1993, p. 28) também contesta esse critério:

A afirmação de que o ilícito administrativo seja ético-social ou culturalmente indiferente não me parece convincente. O legislador não estabelece seus mandatos e proibições, como asseverou Welzel, para exigir a obediência dos cidadãos, mas para criar um estado ou situação valiosos ou impedir a produção de um dano. A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que vai se atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente.

Em relação ao conteúdo valorativo da conduta que a qualifica como delito natural, ainda que condicionado aos valores existentes na sociedade, a teoria não se sustenta. Não é possível cogitar-se de um delito natural, isto é, uma conduta juridicamente punível senão em virtude de sua proibição jurídica; nem é possível a existência de condutas ilícitas sem que o Poder Legislativo lhes tenha atribuído sanção aplicável de acordo com a ordem jurídica. Segundo Hans Kelsen (1998, p. 125):

Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito – mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 246 et seq.) leciona que não é possível

identificar qualquer conteúdo intrínseco às condutas penalmente tipificadas ou determinar quaisquer aspectos comuns entre elas. Essas condutas representam conflitos sociais arbitrariamente selecionados pelo Poder Legislativo e punidos com ameaça da sanção penal:

“O” delito não existe. A parte especial de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social. Se observarmos como opera o sistema penal nessas hipóteses conflitivas, veremos que na imensa maioria dos casos este não intervém (furtos, subornos, estupros, etc., que somente em número ridiculamente ínfimo chegam à agência judicial), em outros intervém somente em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios, ou seja, nos casos em que historicamente o maior número foi cometido pelo próprio Estado, e quase nunca chegam ao conhecimento das agências judiciais), em outros tantos casos nunca intervém, apesar da grande frequência com que ocorrem (adultérios), alguns até passaram da moda (duelo), outros jamais se apresentaram (infidelidade diplomática), etc. (Sem destaques no original).

A análise dos ordenamentos jurídicos demonstra que a disparidade de hipóteses e de reações do sistema penal não gera nada unitário (ZAFFARONI, 2001, p. 247).¹⁶² Não é possível afirmar que a tipificação de condutas, sob ameaça da sanção penal, sequer considera os valores mais importantes para a maioria do grupo social.

A identificação da esfera penal, com base no grau de reprovação ética da conduta, desconsidera a pluralidade de valores sociais e pressupõe que a ordem jurídica protege os valores sociais de todos os grupos sociais da mesma forma e com a mesma intensidade (GUIMARÃES, 2002, p. 480). A ordem jurídica e também as normas penais protegem valores éticos dos grupos sociais de forma diversificada e nem todos os valores de todos os grupos são protegidos. Sobre o tema, Manuel da Costa Andrade (*apud* PRATES, 2005, p. 141) afirma que “não é muitas vezes tarefa fácil ajuizar sobre se uma conduta é crime porque assume relevância ética ou se, pelo contrário, ela assume relevo ético porque é crime”.

Por fim, o critério da ofensa a valores ético-sociais é, de certa forma, quantitativo, pois algumas condutas ofendem mais a alguns valores eticamente mais aceitos que outras.¹⁶³

¹⁶² Segundo esse autor, esses dados reais são ignorados pelo discurso jurídico-penal que oferece conceito unitário da infração penal “mediante uma complexa elaboração teórica denominada, usualmente, ‘teoria do delito’, que afirma (com algumas variações, conforme seu autor) que ‘delito é uma ação típica, antijurídica e culpável’.” (ZAFFARONI, 2001, p. 247).

¹⁶³ “Como é sabido, as teses clássicas (ou do *aliud*) distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto.” (SÁNCHEZ,

Na medida em que a discricionariedade legislativa autoriza o Poder Legislativo a não criminalizar todas as condutas eticamente desvaloradas, o critério não serve para identificar e delimitar as esferas penal e administrativa, apenas como medida de política criminal.

3.2.2 Critério do bem jurídico

O critério da ofensa ao bem jurídico, para identificação da esfera penal, é o mais defendido pela doutrina atual. Podem ser identificadas diversas vertentes sobre esse critério, tendo em vista os diferentes conceitos atribuídos ao bem jurídico.

3.2.2.1 Origem e evolução do conceito

A origem do termo bem jurídico e a identificação da teoria que propiciou seu surgimento e seu conteúdo comportam diversas interpretações doutrinárias. Segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 324), “a evolução do conceito e das noções do bem jurídico-penal corresponde em bases análogas ao desenvolvimento das próprias doutrinas penais em especial quanto ao conteúdo assinalado ao ilícito penal”. O conceito de bem jurídico se amolda aos distintos momentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral (TAVARES, 2004, p. 21).

Parte da doutrina sustenta que Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, ao conceituar crime como lesão a direito subjetivo de outrem, desenvolveu o primeiro conceito de bem jurídico, ainda que não lhe tenha atribuído esse nome ou usado esse termo (ARANA, 2007, p. 128 et seq.).¹⁶⁴ Sheila Jorge Selim de Sales (2005, p. 115) relata que “a doutrina penal, todavia, refutou a concepção de ‘direitos subjetivos de origem civil no âmbito penal’. Com efeito, a própria dificuldade em estabelecer o conceito de ‘direito subjetivo’, bem como suas diversas variações, foi a maior objeção que se fez a essa teoria”.

Outros autores afirmam que o conceito de bem jurídico foi cunhado por Johann Michael Franz Birnbaum (TAVARES, 2004, p. 20), que, com base na tese inicial do direito subjetivo, “nela introduziu uma variante: limitou a idéia do bem jurídico ao direito subjetivo

2002, p. 115).

¹⁶⁴ Segundo Juarez Tavares (2004, p. 17), Feuerbach teve fundamental importância para a evolução do conceito de bem jurídico, uma vez que ele – fundado no contrato social “desviou os fundamentos do delito da tese que o considerava como uma simples violação do dever, sancionado criminalmente”. Feuerbach definiu a conduta criminosa como lesão ao direito individual do ofendido de não poder exercer sua própria liberdade frente a ação de outrem. Dessa forma, o crime teria por pressuposto, em princípio, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre autor e vítima, igualdade esta que se via quebrada pelo crime, de tal forma que uma das partes envolvidas no conflito era impedida de exercer sua liberdade. Parte da doutrina entende que essa concepção foi a primeira limitação teórica ao poder punitivo estatal, por exigir que apenas as condutas que violassem direitos subjetivos fossem criminalizadas.

‘natural’, isto é, um bem material, tutelado pelo direito penal, individual ou coletivo” (SALES, 2005, p. 115).¹⁶⁵

O primeiro conceito formal de bem jurídico foi cunhado por Karl Ludwig Lorenz Binding (SALES, 2005, p. 116),¹⁶⁶ ao defender que “o que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem” (PRADO, 1996, p. 26). Na concepção desse autor, o bem jurídico deriva da norma que estabelece sua proteção, ou seja, “o bem jurídico é uma criação do Direito, que elege aqueles bens que na opinião do legislador são merecedores de proteção (o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado)” (LOPES, 1999, p. 332). Sheila Jorge Selim de Sales (2005, p. 116) leciona que:

Por isso, o bem jurídico não é tratado como dado anterior à norma, mas é produto de criação legislativa, deixando, desvinculando-se o conceito de qualquer característica substancial que pudesse orientar o legislador no momento em que realiza a normatização penal. As críticas a essa tese também são numerosas. Para além de seu exasperado formalismo, admitindo-se que a lei penal ocupa-se tão-somente da tutela de direitos precedentemente instituídos por outros ramos do ordenamento jurídico, esta poderia apenas impor sanções. Por isso mesmo, a concepção Bindighiana imprime ao direito penal caráter meramente sancionatório, esquecendo-se de que determinados bens são tutelados exclusivamente no âmbito penal e que o direito penal é, também, constitutivo.

Após a concepção de Binding, a doutrina procurou retomar a concepção materialista e se preocupou em “conceber o bem jurídico como entidade pré-positiva, isto é, preexistente à norma jurídica, hábil a limitar o poder punitivo do Estado, determinando o âmbito de atuação do legislador” (SALES, 2005, p. 117).¹⁶⁷

Contudo, a doutrina destaca a impossibilidade de que uma acepção material ou

¹⁶⁵ Luiz Regis Prado (1996, p. 25 et seq.), adotando lição de Miguel Polaino Navarrete, afirma que a tese cunhada por Birnbaum afasta-se da tese de lesão do direito subjetivo em três pontos “na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia em extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário”.

¹⁶⁶ “Com Binding iniciou-se nova fase na elaboração do conceito sobre o tema: a categoria do bem jurídico passa a ser analisada em função do direito positivo (concepção juspositiva ou imanentista), em contraposição à concepção inicial (metapositivas, transcendentalistas ou jusnaturalistas).” (SALES, 2005, p. 116).

¹⁶⁷ “Ainda no final do século XIX, von Liszt, para quem o bem jurídico é um conceito central na teoria do crime, elaborou a mais significativa teoria sobre o tema. Afirmava que o ‘bem jurídico não é *bem do direito* ou ordem jurídica, mas um *bem do homem* que o direito reconhece e protege’. O escopo do direito é proteger interesses da vida humana e os bens jurídicos são interesses que o direito protege, ‘é o interesse juridicamente protegido’, individual ou coletivo. Notadamente liberal, a concepção de Von Liszt tentou adscrever para o legislador, a esfera de opção pelo instrumento penal, apresentando-nos um conceito de bem jurídico reelaborado, adquirindo extrato substancial, naturalista. Assim concebido, em momento posterior, atribui-se ao legislador a faculdade de individuar dentre os bens da vida, aqueles que devam ser considerados como bens jurídicos, no momento em que realiza a sua atividade legislativa.” (SALES, 2005, p. 117).

pré-jurídica de bem jurídico sirva à práxis (SALES, 2005, p. 117) e aponta que, até o momento, a falta de componente material impede o êxito em “dar um conceito que fosse eficaz de saída à concepção do Direito Penal como instrumento protetor de bens jurídicos” (LOPES, 1999, p. 346).¹⁶⁸

Luís Grego (2004, p. 93 et seq.) afirma que “no *Brasil*, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utiliza as palavras ‘bem jurídico’, preferindo por vezes o termo objetivo ou objetividade jurídica”, e que essa doutrina¹⁶⁹ não reconhece ao conceito de bem jurídico qualquer função crítica ou político-criminal. O mesmo autor ressalta, contudo, que, também no Brasil, há autores que procuram estabelecer conteúdo para o bem jurídico que limite a discricionariedade legislativa na elaboração de normas penais (GRECO, 2004, p. 94).

Longe de satisfazer às expectativas doutrinárias, quanto à concepção material de crime, essa perspectiva apenas deslocou o ponto fulcral dessa discussão para o conceito de bem jurídico. Ao longo do tempo, a doutrina atribuiu diversos conceitos e conteúdos ao bem jurídico, da mesma forma que anteriormente haviam sido atribuídos ao conceito material de crime.

A concepção que atribui **conceito legal-formal** ao bem jurídico, com função interpretativa da norma (DIAS, 2001, p. 44 et seq.), não é aceita pela vertente que defende ser o bem jurídico um “*prius* condicionante da decisão criminalizadora” e não “um mero *posterius* ou resultado desta autocrática e, portanto, insindicável decisão legislativa” (CARVALHO, 2008, p. 45).

O conteúdo de bem jurídico-penal como um “pré-existente conjunto de valores imutáveis e como transcendentais à realidade histórica humana” (CARVALHO, 2008, p. 45), defendido pela **vertente jusnaturalista**, também é refutado devido às mudanças nos conceitos e valores morais. A **concepção moralista** é rejeitada, pois o Estado de Direito pluralista não pode “assumir e impor aos seus cidadãos um conjunto de valores inspirados ou extraídos de uma determinada religião, por mais dominante (majoritária) que seja esta

¹⁶⁸ “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há todavia hoje um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*. Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes poderá definir-se bem jurídico como *a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.*” (DIAS, 2001, p. 43.).

¹⁶⁹ Segundo Luís Greco (2004, p. 94), Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Aníbal Bruno e Magalhães Noronha adotam a posição criticada.

religião” (CARVALHO, 2008, p. 46).

Segundo a **concepção sociológica sistémico-funcionalista**, o conteúdo material de bem jurídico advém da noção de dano social e a determinação da “ordem dos bens jurídicos seria a disfuncionalidade sistémica dos comportamentos a que deveria obstar-se pela utilização das sanções criminais” (DIAS, 2001, p. 46). Essa concepção possui várias vertentes e se destaca na Alemanha, sob o enfoque de que a função do direito penal é garantir as condições mínimas de sobrevivência social (CARVALHO, 2008, p. 46). A maior parte dos autores funcionalistas defende que o bem jurídico é determinado juridicamente, por meios externos ao direito penal, especialmente, pelo direito constitucional (ARANA, 2007, p. 120). Todavia, mesmo autores adeptos dessa vertente negam utilidade à noção de bem jurídico para a definição do conceito de crime ou a determinação da função do direito penal (JAKOBS, 2009, p. 75 et. seq.).

Parte da doutrina defende que a ordenação dos bens jurídico-penais deve se basear na ordenação axiológica jurídico constitucional (DIAS, 2001, p. 47), pois “o direito penal tem a positiva função de tutela dos bens jurídicos fundamentais, isto é, dos valores individuais e comunitários essenciais à **realização pessoal** e à **convivência social**” (CARVALHO, 2008, p. 44). Nesse sentido, “só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade” (CARVALHO, 2008, p. 48).

A doutrina defende a necessidade de “procurar uma certa materialização ou concretização desse critério”, com base nos valores consagrados na Constituição, que é a “projeção e expressão jurídica fundamental da concepção ético-social” (CARVALHO, 2008, p. 49 et seq.). Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 50) propõe a limitação desses bens aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e aos deveres essenciais à funcionalidade e justiça do sistema social.

Esse critério não soluciona a questão de identificação da esfera penal em relação à administrativa, pois a ordem jurídica democrática não admite a punição de condutas, senão por ofensa a esses valores. Dessa forma, a vinculação do poder punitivo estatal a esses fins não é aplicável apenas ao direito penal.

Consoante expõe Sheila Jorge Selim de Sales (2005, p. 123) a identificação do bem jurídico com fundamento nas Constituições, inicialmente, teve uma concepção rígida, segundo a qual “a Constituição coloca-se como fonte dos bens jurídicos para o legislador ordinário, no momento da opção penal”. Conforme relata a autora, essa concepção rígida foi

objeto de críticas doutrinárias:

Primeiramente, anote-se que, assim procedendo, ao direito penal competiria, no ordenamento jurídico, papel meramente sancionatório (dos bens jurídicos constitucionais de relevância explícita), e assim termina por alinhar-se à concepção imanentista de Binding. Paradoxalmente, a função crítica e a de garantia do bem jurídico sofreriam completa erosão, uma vez que essa concepção determinaria o imobilismo do direito penal, alienando-o da realidade sócio-política, bem como das conquistas industriais, do desenvolvimento tecnológico e científico, do emergir de novas e sofisticadas formas de aparecimento do fenômeno criminal. Finalmente, em sua formulação mais rígida, a teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal levaria a uma redução indiscriminada dos crimes previstos, desprovida de critérios que possam acarretar *consenso social*, uma vez que muitos bens jurídicos não têm relevo constitucional explícito. (SALES, 2005, p. 123 et seq.).

Em razão dessas críticas, a doutrina alargou essa concepção “para abranger também os bens jurídicos de implícita relevância constitucional e aqueles que não são com ela incompatíveis” (SALES, 2005, p. 124). Américo Taipa de Carvalho (2008, p. 51), ao adotar essa posição, leciona não ter de:

[...] existir entre os bens e valores consagrados na Constituição e os bens dignos de tutela penal [...] uma relação de identidade, bastando, sim, que entre a ‘ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos’ exista uma ‘relação de analogia material’. Isto é, o quadro de valores constitucionais constitui, para o legislador ordinário, o quadro referencial dos valores susceptíveis de terem uma protecção penal.

Segundo esse autor, o art. 18º-2 da Constituição Portuguesa de 1976 limita o Poder Legislativo e acolhe a dignidade penal do bem jurídico como pressuposto da intervenção penal.¹⁷⁰ Contudo, esse dispositivo é genérico e se destina a todas as sanções punitivas, pois a necessidade, adequação e proporcionalidade são exigíveis em relação às demais intervenções punitivas estatais.

As constituições modernas tratam exaustivamente dos interesses individuais, sociais e difusos, podendo-se afirmar que apenas um “novo” direito não estaria

¹⁷⁰ “Art. 18º - Força jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976).

constitucionalizado. Dessa forma, quanto aos bens, objeto de tutela pelo direito penal, restaria configurada a discricionariedade legislativa, pois o alargamento do conceito “deixa novamente incertos os limites para a opção penal, pois a nossa Constituição nada esclarece sobre o modo como a tutela penal deveria atuar e nem mesmo sobre seus limites e formas, que permanecem *confiados* ao arbítrio do legislador” (SALES, 2005, p. 124).

As concepções de bem jurídico, com base na ordem axiológica constitucional de valores, leva ao questionamento sobre a competência para realização desse juízo: a quem incumbe determinar os valores constitucionais consagrados pelo *ethos* social como indispensáveis à realização pessoal de cada um dos membros da sociedade? E mais: a quem incumbe o juízo de proporcionalidade, necessidade e eficácia da norma penal?

Mesmo o critério da subsidiariedade implica discricionariedade ao Poder Legislativo. A doutrina não é uniforme quanto aos bens jurídicos a serem protegidos na esfera penal, pois os autores incorporam seus valores e postulam a interferência penal em relação a eles. Como as opções adotadas pela doutrina podem ser constitucionalmente sustentadas para criminalizar ou para excluir da esfera penal determinados bens, verifica-se a ausência de objetividade necessária a caracterização da esfera penal com base nesse critério.

Assim, não há motivo para substituir a escolha discricionária do Poder Legislativo pela escolha do intérprete, ainda que a interpretação advenha do Poder Judiciário, uma vez que o Poder Legislativo goza de legitimidade democrática constitucional para expressar os valores “mais importantes” da sociedade.

3.2.2.2 A vinculação da proteção de bens jurídicos ao Direito Penal

Parte da doutrina defende que há diferença entre o direito penal e o direito administrativo sancionador porque o primeiro protege bens jurídicos, mas o segundo não.

A proposição de que a esfera administrativa não protege bens jurídicos deve ser rejeitada. Aceitar essa assertiva implica defender a possibilidade de existência, no ordenamento jurídico, de prescrições puramente arbitrárias que não têm qualquer referência ao sistema social em que se inserem (CEREZO MIR, 1993, p. 29). A intervenção estatal, especialmente para limitar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, mediante imposição de pena, somente é legítima se protege bens jurídicos.¹⁷¹

¹⁷¹ “A exclusão do conceito de bem jurídico do âmbito do chamado Direito Penal administrativo carece de fundamento. Não é possível estabelecer uma diferença entre os interesses da Administração [...] tutelados pelo Direito e o restante dos bens jurídicos. Se o injusto administrativo fosse puramente formal, quando se

A proteção dos direitos fundamentais sobrepõe-se a outras atividades administrativas, que somente se revestem de interesse público se tiverem a finalidade de concretizá-los, pois a efetivação desses direitos integra o conceito de interesse público (ÁVILA, 2007). Nesse sentido, é a lição de Florivaldo Dutra de Araújo (2011, p. 79):

Data venia, entendemos que não pode haver preocupação maior e mais relevante para a administração pública do que a dignidade do ser humano, na condição geral de cidadão, ou atuando como agente público. É nesse sentido que o art. 1º da Lei Federal n. 9784/1999 estabelece que o processo administrativo deve visar “em especial, à proteção dos direitos fundamentais e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Portanto, o próprio direito positivo brasileiro já evoluiu ao ponto de, expressamente, afirmar que os fins da administração pública não se acham acima dos direitos dos administrados devendo ser assegurada, tal como no processo judicial, a dignidade da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito, instituído pela CRFB/88, “nem sequer as infrações administrativas podem ser fruto de mero arbítrio. Não é exclusivamente do direito penal a tutela de bens, nem tampouco de bens jurídicos” (CORACINI, 2004b, p. 265).

As críticas à tese de que a Administração Pública não protege bens jurídicos levou a doutrina a defender a existência dos bens jurídico-penais: bens jurídicos com especial qualificação, diversos dos protegidos na esfera administrativa,¹⁷² que, de certa forma, retoma a concepção de ilicitude preexistente à norma. Afirma-se que os bens jurídicos protegidos

esgotasse na desobediência aos mandatos e proibições do Direito, não poderia estabelecer o legislador diferenças na sanção entre as diversas infrações do Direito Penal administrativo. O delito penal e o delito administrativo ou de polícia têm conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica.” (CEREZO MIR, 1993, p. 29).

¹⁷² “[...] afirmar a existência da tutela de bens jurídicos também em âmbito administrativo, parece-nos inquestionável. [...] Afirmar que todo e qualquer ilícito administrativo, sem exceção, tutela bens jurídicos, temos, por outro lado, que só pode ser admitido a partir de um conceito demasiado amplo de bem jurídico, mas é, ainda assim, em certa medida, e levando em consideração as conseqüências de um tal conceito em âmbito não-penal, aceitável [...]. Entretanto daí sustentar que todo e qualquer ilícito administrativo possui como objeto de tutela um bem jurídico-penal, ou, mas propriamente, um bem jurídico essencialmente equivalente àquilo que, em direito penal, entende-se por bem jurídico-penal, é, quanto a nós, inadmissível. De que haja ilícitos de mera ordenação que tutelam valores equivalentes à categoria de bem jurídico-penal, não há dúvida. Agora, que esta seja uma característica presente em todo e qualquer ilícito de natureza administrativa, é, aos nossos olhos, totalmente insustentável, sem que, para isso, tenhamos que admitir uma insuportável abertura da categoria de bem jurídico-penal, com sérias conseqüências, sublinhe-se, sérias conseqüências para sua pretendida função crítica. O bem jurídico-penal, como bem leciona Figueiredo Dias, além de manter uma relação de analogia material com a Constituição, nos termos já expostos, e de reivindicar um intenso juízo de necessidade de tutela para legitimar a intervenção jurídico-penal, consiste em uma noção trans-sistemática, não-imanente ao sistema, de modo a tornar possível a sua pretensão de servir como padrão crítico de criminalização. Mas não só. Ele deve possuir uma consistência axiológica que permita, a partir daí, um processo de concretização, de corporificação, indispensável à análise da ofensa e, por seu turno, também ao sucesso da referida função crítica. Condições que, vale salientar, devem coexistir, de forma necessária, para o reconhecimento de um valor como *bem jurídico-penal*.” (D’AVILA, 2006, p. 28 et seq.).

pela Administração não:

[...] são bens jurídico-*penais*, que *preexistem* à proibição da sua lesão e que possuem uma referência obrigatória à ordenação axiológica jurídico-constitucional; antes se trata de bens jurídico-administrativos que, como tal, para efeitos sancionatórios são constituídos *através da proibição e por força dela*. (DIAS, 2001. p. 56).

O conceito de bem jurídico-penal também é derivado do sistema valorativo social, ainda que vinculado à ordem de valores constitucionalmente estabelecida.

Considerar que o bem jurídico-penal tem acento constitucional e nos valores sociais não soluciona a questão de identificar as condutas que, ofendendo a esses bens, devam ser punidas pela esfera penal. A existência de bens jurídico-**penais** não implica a obrigatoriedade de que o Poder Legislativo utilize o sistema penal em relação a todas as condutas que o ofendem.

As normas penais apenas eventualmente individualizam “alguma ação que afeta os bens jurídicos de certa maneira particular, porém, nunca pode tutelar esses bens de forma ampla ou plena, dada sua natureza fragmentária e excepcional” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486. tradução livre¹⁷³).

O conceito de bem jurídico não afasta a discricionariedade legislativa e, embora possa constituir limite negativo ao Poder Legislativo,¹⁷⁴ não delimita o âmbito de atuação subsidiária do direito penal em relação ao direito administrativo sancionador ou a outros mecanismos de solução de conflitos regulados por outros ramos jurídicos. As consequências que a doutrina depreende desse conceito podem ser deduzidas do sistema constitucional existente.

A proteção constitucional de determinado valor não importa a obrigatoria

¹⁷³ No original: “La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional.”

¹⁷⁴ “Não sendo possível encontrar uma definição exaustiva de bem jurídico, cabe acentuar a sua função negativa de legitimação: pese embora o bem jurídico não forneça a conduta que tem de ser incriminada, indica, juntamente com os princípios do direito penal da fragmentariedade, da subsidiariedade e da *ultima ratio*, a montante, e com as finalidades das penas, a jusante, o que pode ser legitimamente tutelado através deste ramo do direito. Queremos com isto concluir que a tutela de um bem jurídico deve ser condição necessária mas não condição suficiente para que se justifique a proibição e punição penal. Todavia, para que funcione como ‘indicador último do conceito material de crime’, o conceito de bem jurídico tem de estar referido, na sua materialidade, ao exterior das normas penais, àquilo que a comunidade considera valioso; por outras palavras, o bem jurídico penal há-de ser expressão das condições essenciais da realização humana em sociedade, reflectidas nos valores do Estado social de direito. É a preservação daquelas condições essenciais da realização humana em sociedade que constitui um dos parâmetros da intervenção penal legitimada.” (SOUSA, 2007, p. 624 et seq.).

utilização da esfera penal como mecanismo de sua tutela. Mesmo autores que defendem a obrigatoriedade de intervenção penal para proteção de determinados valores constitucionais não exigem que esses sejam tutelados exclusivamente pela via penal.

Várias são as formas de ofensa aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos e diversas são as condutas que podem lesá-los. A ordenação legal dessas condutas passa desde a insignificância, pela responsabilidade civil, até chegar à responsabilidade administrativa e penal (CEREZO MIR, 1993, p. 28).

Assim, o conceito é útil para limitar a atuação do direito penal, ao exigir a ofensa ou perigo ao bem jurídico, mas não para delimitar o âmbito em que as normas penais devem atuar.¹⁷⁵ A limitação ao Poder Legislativo, quanto ao exercício do poder punitivo, em qualquer esfera punitiva, somente é possível com interpretação a ampliativa dos direitos fundamentais.

3.2.2.3 A concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni e a exigência de lesividade na esfera penal

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 255) defende que o conceito de bem jurídico

¹⁷⁵ Não faltam opositores à teoria do bem jurídico e à sua imprescindibilidade para limitação da discricionariedade legislativa em matéria penal. Crítica-se o conteúdo que se pretende introduzir no conceito de bem jurídico e a utilidade desse conceito como mecanismo de limitação do poder estatal: “Hirsch afirma que ‘não existe’ um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador. ‘O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para limitar o Direito Penal’. Stratenwerth remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que ‘uma definição material e universal de bem jurídico’ equivaleria a ‘deixar o círculo quadrado’, isto é, seria impossível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. Deve-se ‘reconhecer que a orientação básica social e legislativa reconhecida é decisiva para, por um lado, querer a manutenção de uma norma determinada ou para, por outro lado, simplesmente não querer um comportamento’. Finalmente, Jakobs observa, desde um princípio, que a função do direito penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos. O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que ‘a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente’. Partindo desta perspectiva, não é necessário ocupar-se mais sobre o conceito de bem jurídico.” (ROXIN, 2006, p. 15). Hirsch enfrenta a questão da limitação à discricionariedade legislativa em matéria penal com os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. Segundo Claus Roxin (2006, p. 31), a concepção de Hirsch não é absolutamente incompatível com a defendida por ele, caso interprete-se “esta singular formulação de tal maneira que não existe um ‘motivo’ para a ‘não-realização’ de um comportamento quando uma proibição não serve à proteção de bens jurídicos”. Stratenwerth considera insolúvel a tarefa de estabelecer definição aceitável de bem jurídico, admite a criminalização de condutas que não lesam a bens jurídicos e considera que a tipificação penal das condutas é fundamentada por uma “atitude fundamental” social reconhecida, por um “não querer” algo (ROXIN, 2006, p. 31 et seq.). “Com isso, nada obstante, se ocultam alguns dados fundamentais: que a dominante teoria do Direito Penal de proteção de bens jurídicos surgiu no século XIX com vocação ampliadora diante da teoria de um Direito Penal protetor exclusivamente de direitos subjetivos, (como afirmado pelo seu precursor *Birnbaum*); que, em que pese ao inicial rechaço, a teoria do bem jurídico foi assumida inclusive pelos penalistas nacional-socialistas da *Escola de Kiel*; que não é possível controlar lei penal alguma sob a perspectiva de uma hipotética vulneração do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, senão somente (e no máximo) a partir do princípio de proporcionalidade. E que a ninguém tenha ocorrido afirmar que esse princípio não prevaleça na hora de determinar as normas cuja vigência deve-se assegurar por intermédio do Direito Penal.” (SÁNCHEZ, 2002, p. 106).

não é útil para limitar a intervenção penal, mas serve para limitar a arbitrariedade do sistema punitivo.¹⁷⁶ Segundo a teoria da tipicidade conglobante, desenvolvida por esse autor, para que se configure a conduta típica, é imprescindível a lesividade, que é comprovada se for constatada:

[...] a afetação (por dano ou por perigo) do bem jurídico de forma significativa, porém também se constatado que se trata de um bem jurídico, ou seja, que sua afetação está também proibida pela norma, o que não sucede quando outras normas recortam ou limitam o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado. (ZAFFARONI et al., 2002, p. 484, tradução livre¹⁷⁷).

Esse autor leciona que a tutela de bens jurídicos não é função do direito penal, pois atribuir ao direito penal a função de proteção de bens jurídicos mais legítima o poder punitivo na esfera penal do que limita seu exercício (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486).¹⁷⁸

¹⁷⁶ “Neste nível surge a necessidade da exigência invariável da existência de um bem jurídico afetado (por lesão ou por perigo, mas sem estender confusamente o perigo ao infinito das ‘abstrações’), pois um dos requisitos mais elementares para não obstaculizar uma resposta criminalizante da agência judicial é que, pelo menos, a ação humana que se imputa à pessoa arbitrariamente selecionada seja conflituosa em razão de sua lesividade. Deste modo, a necessidade de um bem jurídico afetado apresenta-se, em verdade, como outro limite máximo de irracionalidade tolerada, que não pode ser ultrapassado sem que se caia no absurdo total: admitir a intervenção do sistema penal quando não há conflito ou quando o conflito é gerado sem que o direito de alguém seja afetado, mas somente seus valores, gostos ou opiniões. Se é certo que *o sistema penal não resolve nenhum conflito e sim os decide*, resulta evidente que sua violência seletiva seria totalmente descontrolada, caso se admitisse sua intervenção, inexistindo conflito algum ou que o conflito fosse gerado pelos simples gostos pessoais dos que operam a seletividade (conflitos por alguém usar cabelos longos, barba, ponchos, bigodes, suíças, polainas, biquíni, etc.)” (ZAFFARONI, 2001, p. 255).

¹⁷⁷ No original: “La *lesividad* se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado.”

¹⁷⁸ “El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el *principio de lesividad* pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de *lege lata* ni de *lege ferenda*). Por ello no debe confundirse el *uso limitativo del concepto de bien jurídico* con su *uso legitimante*, dado que este último termina acuñando verdadero *concepto* legitimante diferenciado, que es el pretendido *bien jurídico tutelado*. El *mito* del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente *deductivo*, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: *las normas protegen o tutelan bienes jurídicos*. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso.” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 486) (Tradução livre: “O bem jurídico é um conceito indispensável para efetivar o *principio da lesividade*, porém não é, de modo algum, um conceito legitimante do poder punitivo (de *lege lata* nem de *lege ferenda*). Por isso não se deve confundir o *uso limitativo do conceito de bem jurídico* com seu *uso legitimante*, tendo em vista que este último acaba criando verdadeiro *conceito* legitimante diferenciado, que é o pretendido *bem jurídico tutelado*. O *mito* do bem jurídico protegido ou tutelado, que racionaliza a teoria imperativista do direito, pressupõe aceitar a eficácia protetora do poder punitivo promovida de modo pretendidamente *dedutivo*, segundo o qual, se uma norma proíbe uma ação que lesa o bem jurídico, é porque o protege e, por fim, ao não poder proibir resultados a pena adquire um sentido policial preventivo. Trata-se de uma premissa que consiste

Ainda conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e colaboradores (2002, p. 486), a legislação penal não cria o bem jurídico; esses são criados pela Constituição, pelo direito internacional e por outras normas jurídicas e são tutelados pela norma que os manifestam. A legislação penal tem a função de individualizar algumas condutas que afetam esses bens de maneira particular, mas não de tutelá-los de forma plena. A tutela penal dos bens jurídicos é apenas fragmentada e excepcional, portanto, não há bens jurídicos penalmente tutelados, pois essa ideia possibilita ao Poder Legislativo a incriminação de qualquer conduta, sob o pretexto de tutelar esse bens (ZAFFARONI et al., 2002, p. 487).

Toda tentativa de empregar o conceito limitativo como regra para o legislador, o desvirtua e neutraliza; o desencanto que isso provoca, e que se traduz na proposta de renúncia ao conceito, não é mais que um ensaio de abandono do princípio da lesividade e, por fim, de deixar mais onipotente o legislador. (ZAFFARONI et al., 2002, p. 487, tradução livre¹⁷⁹).

O mesmo autor conceitua o bem jurídico como a relação de disponibilidade do sujeito com um bem, disponibilidade essa que não se confunde com destruição, que é apenas um limite daquela (ZAFFARONI et al., 2002, p. 489). A forma normal dessa disponibilidade é o uso ou aproveitamento do objeto:

Neste sentido, é claro que a vida é o bem jurídico mais disponível, pois a cada instante se dispõe do tempo da vida. Os casos a que usualmente se apela para negar o conceito de bem jurídico como disponibilidade são o *suicídio* e a *destruição do estado*. Cabe observar que são dois supostos em que o sujeito perde de uma vez por todas e para sempre todos os bens jurídicos e não só a vida e o estado: no primeiro caso desaparece o sujeito, no segundo, a proteção jurídica. (ZAFFARONI et al., 2002, p. 489, tradução livre¹⁸⁰).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, são ilegítimas incriminações penais que imponham determinada moral ou que tenham conteúdo simbólico. O autor critica a legislação

em um juízo falso: *as normas protegem ou tutelam bens jurídicos*. Este juízo, ao verificar a operatividade do poder punitivo, ao menos na maioria dos casos, resulta em um valor falso.”).

¹⁷⁹ No original: “Toda tentativa de emplear al concepto limitativo como regla para el legislador, lo desvirtúa y neutraliza; el desencanto que ello provoca y que se traduce en la propuesta de renuncia al concepto, no es más que un ensayo de abandono del principio de lesividad y, por ende, de dejar aun más onnipotente al legislador.”

¹⁸⁰ No original: “En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el *suicidio* y la *destrucción del estado*. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica.”

simbólica¹⁸¹ e considera ilegítimo o uso da legislação penal se as normas são absolutamente ineficazes aos resultados pretendidos, mas criadas com a finalidade de tranquilizar a opinião pública e “deste modo, prover ao clientelismo político” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 490).

O mesmo autor refuta a intervenção penal para punição de condutas que criam apenas perigos abstratos aos bens jurídicos. Segundo a doutrina, os tipos de perigo abstrato caracterizam-se por presunção *juris et de jure* de perigo, **ou** por perigo de perigo, ou risco de risco.

Ambos os critérios são refutados pelo autor, que considera inconstitucionais os tipos penais de perigo abstrato: o primeiro por importar presunção na área penal, especialmente, presunções *juris et de jure* que “por definição, servem para dar por certo o que é falso, ou seja, para considerar que há ofensa quando não há” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 491 et seq., tradução livre). Quanto ao perigo de perigo, o autor entende que essa explicação traz consequências inaceitáveis, especialmente, em relação à tentativa em que haveria a “triplificação de perigos ou riscos (risco de risco de risco), ou seja, clara tipicidade sem lesividade” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 492).

O conceito de bem jurídico ocupa espaço central na teoria de Eugenio Raúl Zaffaroni, uma vez que a tipicidade apenas existe se a conduta lesionar ou expuser a perigo concreto o bem jurídico.¹⁸² Conforme expõe, “em cada situação concreta deve-se estabelecer se houve ou não perigo para um bem jurídico e, em caso negativo, não é admissível a tipicidade objetiva” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 492).

¹⁸¹ “Se trata de casos en que es claro que las normas que se establecen no tendrán eficacia por contener o paliar el fenómeno que se quiere abarcar, pero se pretende legitimar el ejercicio del poder punitivo mediante la invocación de la función de Paidéia que, supuestamente, tendrías la criminalización primaria.” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 490) (Tradução livre: “Tratam-se de situações em que é claro que as normas estabelecidas não terão eficácia para conter ou paliar o fenômeno que se quer abarcar, porém, pretende-se legitimar o exercício do poder punitivo mediante a invocação da função de Paidéia que, supostamente, teria a criminalização primária.”).

¹⁸² “[...] el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado *ex ante*, y por peligro concreto el que existió valorado *ex post*, no es satisfactorio, dando que en cierto sentido todo peligro es abstracto *ex ante* e es concreto *ex post*. Por ello, todos los peligros deben ser valorados *ex ante*, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico.” (ZAFFARONI et al., 2002, p. 492) (Tradução livre: “[...] a análise dos tipos penais no ordenamento vigente, por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que só há tipos de lesão e tipos de perigo, e que nestes últimos sempre deve haver uma situação de risco ou lesão no mundo real. Entender por perigo abstrato o que é determinado *ex ante* e, por perigo concreto, o que é valorado *ex post*, não é satisfatório, pois, em certo sentido, todo perigo é abstrato *ex ante* e é concreto *ex post*. Por isso, todos os perigos devem ser valorados *ex ante*, desde que não se trate de uma pura imaginação sem sustento real algum no mundo ou de uma falta de tipo por inexistência de bem jurídico.”).

Com base nessa teoria, questiona-se a possibilidade de punição administrativa por condutas que geram perigos abstratos a bens jurídicos, já que se entende inconstitucional essa incriminação na esfera penal. Existente essa possibilidade, questiona-se, também, se a tipificação administrativa de condutas que geram perigo abstrato pode ser usada para caracterizar e delimitar a esfera administrativa em relação à penal.

Parte da doutrina busca, na ofensa ao bem jurídico, a identificação da instância penal.¹⁸³ Conforme essa teoria, as condutas que geram perigo abstrato ou que, individualmente, não lesem o bem jurídico¹⁸⁴ devem ser remetidas à esfera administrativa ou a outras esferas punitivas.

O delito, agora, já não significa só infração ao aspecto imperativo da norma, senão, sobretudo, infração do seu aspecto valorativo. É preciso, destarte, que os bens jurídicos protegidos [...] entrem no raio da ação perigosa (criadora de riscos), gerando um concreto perigo de dano. Sem isso, não há que se falar em infração penal, senão em infração meramente administrativa. (GOMES, 2003, p. 418).

Ainda em consonância a essa teoria, na esfera administrativa, a ofensividade é desnecessária e a sanção punitiva pode ser imputada com a constatação da conduta proibida, independentemente do resultado lesivo ou ofensa decorrentes da conduta.¹⁸⁵ Defende-se que a

¹⁸³ “Devemos observar que, quando falamos em ofensividade, estamos a referir uma exigência de dano ou perigo ao bem jurídico-penal, assente nas formas de dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo, e tendo como categoria-limite de ofensividade, a noção material de cuidado-de-perigo. A ofensa de cuidado-de-perigo, tal qual a concebemos, consiste em uma hipótese de ofensividade que deve ser exigida e acertada no âmbito dos denominados crimes de perigo abstrato, de modo a sobrepor-se a leituras meramente formais em termos de simples desobediência [...] e a permitir uma importante recuperação hermenêutica da correspondente técnica de tipificação.” (D’AVILA, 2006, p. 31).

“Por ora, sublinhe-se que ‘o resultado jurídico penalmente relevante’ (a ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico –) deve reunir algumas características: a) *transcendental*, isto é, resultado jurídico perturbador dos direitos ou liberdades de terceiras pessoas (ninguém pode ser punido por ter afetado direitos ou liberdades próprias); b) *significativo* (não insignificante; princípio da insignificância). A categoria da *sancionabilidade penal* (punibilidade em sentido amplo), por seu turno, pressupõe 1º) a *culpabilidade do agente* – fundamentada na exigibilidade de conduta diversa – e 2º) a *punibilidade (em sentido estrito) do fato* (fato ameaçado com pena). Sintetizando: o fato punível possui quatro requisitos: a) fato materialmente típico; b) antijuridicidade (leia-se: ausência de causas excludentes de antijuridicidade); c) culpabilidade; d) punibilidade.” (GOMES, 2003, p. 417).

¹⁸⁴ “Essa diferença é substancial, e explica, em primeiro lugar, que a tipificação de infrações administrativas, ainda que pretenda certamente cumprir funções de proteção social – e de fato as cumprem desde essa perspectiva global, macroeconômica ou macrossocial –, muitas vezes somente adquire referido tom material se as infrações se contemplam em conjunto. Em contrapartida, contempladas uma a uma revelam-se, certamente, formais, isto é, muitas vezes, nem sequer de perigo abstrato, senão de mero perigo global, estatístico, presumido etc.” (SÁNCHEZ, 2002, p. 118).

¹⁸⁵ “Como se verá, o decisivo aqui volta a ser o critério teleológico: a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação

ofensividade é “um dos principais pontos de distanciamento entre as ilicitudes penal e administrativa” e, mesmo em ocasiões em que o direito administrativo sancionador exige ofensividade, “o caráter normalmente bagatelar e prodômico de tais ilícitos faz com que a ofensa não seja, seguramente, a regra” (D’AVILA, 2006, p. 30). A ofensividade ao bem jurídico caracterizaria diferença material entre os ilícitos penais e administrativos:

Uma tal exigência de ofensividade é, todavia, como já referimos, estranha ao espaço de discursividade, próprio do direito administrativo sancionador. E, se isso é certo, fácil é de perceber a sua importância como mais um significativo elemento a indicar a existência de linhas materiais de distinção entre o penal e o administrativo. E não só. Também, e principalmente, a delimitar, de forma intensa, o espaço próprio, embora nem sempre exclusivo, da intervenção jurídico-criminal. Através da ofensividade torna-se possível não apenas reconhecer a existência de infrações que são insuscetíveis de serem recepcionadas, de forma válida, nos quadros das normas penais – exercendo, assim, uma função de orientação legislativa –, como reivindicar, em incriminações já existentes, uma hermenêutica atenta à sua condição de pressuposto constitucional de legitimidade. (D’AVILA, 2006, p. 32).

Fábio Roberto D’Avila (2006, p. 34 et seq.) leciona que a relação entre direito penal e direito administrativo sancionador deve considerar três espaços normativos diversos: o primeiro que, “vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa”. O segundo,

[...] formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo.

Por fim, o último espaço, em que há a exclusividade da tutela penal.¹⁸⁶ Tendo em

individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística, ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade). [...] Como já mencionando, o Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integralidade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrosocial [...]” (SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

¹⁸⁶ “Muito embora o §1 OWiG (Lei das Contra-Ordenações) considere como contra-ordenação as infrações sancionadas com penas pecuniárias de natureza administrativa (*Geldbuße*) – o que confere um grande poder de decisão ao legislador na seleção de condutas, especialmente quanto tomado à luz de um critério qualitativo

vista esses espaços diferenciados, o autor defende que a diferença entre a esfera penal e a administrativa é qualitativa e não meramente quantitativa:

À luz de tal orientação, o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação social) passa incidir não mais em uma diferença meramente quantitativa, mas *qualitativa*, estabelecida em uma diferente refração normativa de relação ontológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na *exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal*. É, pois, a ofensa a um bem jurídico-penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade. (D'AVILA, 2006, p. 34 et seq.).

Contudo, esse critério não impõe a exclusiva tutela penal em relação às condutas que ofendem os bens jurídicos. Mesmo a ofensividade não elimina a discricionariedade legislativa quanto ao uso da esfera penal ou administrativa em relação às condutas que ofendem bens jurídicos, devido à existência de um acervo comum de condutas puníveis em ambas as instâncias. Daí a impossibilidade de absoluta separação entre elas.

No Brasil, a jurisprudência não utiliza o critério da ofensividade ao bem jurídico para controlar a atuação do Poder Legislativo, mas como controle de tipicidade da conduta no momento de aplicação da lei penal, ao reconhecer a atipicidade da conduta pela ausência de lesão ou perigo concreto ao bem jurídico.

A jurisprudência brasileira não adota critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância na esfera penal¹⁸⁷ e declara a constitucionalidade de tipificações penais de condutas que não ofendem concretamente a bens jurídicos, como servem de exemplos a tipificação do porte de arma desmuniçada ou de munições.¹⁸⁸ Na jurisprudência do STF, a teoria do bem jurídico é utilizada para manter a incriminação, pois sempre há o

–, reconhece-se, simultaneamente, e segundo, inclusive, a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerG*), um conjunto de ilícitos que seria privativo do direito penal e, por conseguinte, insuscetível de ser previsto como mera contra-ordenação, sem que, com isso, fosse violado o dever constitucional de proteção dos respectivos bens jurídicos. Este espaço de ilicitude vedado a um regulamento de mera ordenação social, normalmente denominado de âmbito nuclear do direito penal (*Kernbereich*) – v.g., homicídio, estupro, roubo, entre outros – colocaria uma fronteira qualitativa entre os ilícitos administrativo e penal, fazendo com que a distinção meramente quantitativa seja mais bem assumida como um critério misto, quantitativo-qualitativo.” (D'AVILA, 2006, p. 19).

¹⁸⁷ A ausência de critérios objetivos para aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência do STF foi, anteriormente, desenvolvido em: ARÊDES, 2011, p. 36 et seq.

¹⁸⁸ “[...] A conduta de portar arma de fogo desmuniçada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar configura o delito de porte ilegal previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, crime de mera conduta e de perigo abstrato. 4. Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar muniçado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. [...]” (BRASIL, STF, HC 88.757/DF).

reconhecimento de algum bem jurídico afetado pela conduta proibida.

3.2.3. Outros critérios materiais

Além do critério valorativo e do critério do bem jurídico, a doutrina aponta outros critérios materialistas de identificação da esfera penal em relação à administrativa. A maior parte desses critérios deriva dos anteriores e foram desenvolvidos por James Goldschmidt.

Assim, aponta-se que há diferença material no conteúdo regulado por essas disciplinas, pois o **direito administrativo sancionador cuida do bem estar social e o direito penal cuida da justiça**. Esse critério também tem por substrato a valoração ético-social da conduta:

O contraste do Direito penal verdadeiro ou do Direito penal constitucional e do Direito administrativo tem raízes nas diferenças fundamentais entre ser humano e entidade estatal. Não se pode, agora, voltar a trabalhar sobre as diferenças fundamentais. Isso já foi feito em outros lugares. Aqui, é suficiente estabelecer que essa diferença fundamental arrasta consigo o contraste entre constituição jurídica e administração estatal, entre antijuridicidade (injusto) e infração administrativa, entre Direito penal e a potestade penal da Administração. O Estado de Direito regulou a potestade penal da Administração e a inseriu sob a antijuridicidade administrativa. O Direito penal administrativo nasce da potestade penal da Administração, isto é, “a essência destas disposições, mediante as quais, por exigência do bem-estar público e estatal confiado à Administração, à transgressão de uma disposição administrativa, concebida como uma conduta típica, liga-se, dentro do marco de autorização estatal e sob forma de disposições legais, uma sanção como resposta administrativa.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 293, tradução livre¹⁸⁹).

De acordo com essa concepção, as infrações penais, por impor penas a condutas ético-socialmente reprováveis, a **delitos em si**, incorporam o **direito penal de justiça** e as infrações administrativas integram o **direito penal do bem-estar social**. Este pune condutas nulas do ponto de vista ético e visa a promover o bem-estar social, a cargo da Administração.

¹⁸⁹ No original: “El contraste del Derecho penal verdadero o, si se quiere, del Derecho penal constitucional y del Derecho administrativo hunde raíces en las diferencias fundamentales entre ser humano y entidad estatal. No se puede ahora volver a trabajar sobre las diferencias fundamentales. Esto ya lo he intentado en otros lugares. Aquí, es suficiente establecer que esta diferencia fundamental arrastra consigo el contraste entre constitución jurídica y administración estatal, entre antijuridicidad (injusto) e infracción administrativa, entre Derecho penal y potestad penal de la administración. El Estado de Derecho no sólo ha regulado la potestad penal de la Administración, sino que la ha vuelto a recomponer bajo la antijuridicidad administrativa, sino que también el Derecho penal administrativo nace de la potestad penal de la Administración, esto es, ‘la esencia de estas disposiciones, mediante las que, por exigencia del bienestar público y estatal confiado a la Administración Estatal, a la transgresión de una disposición administrativa, concebida como una conducta típica, se le anuda, dentro del marco de la autorización estatal y bajo la forma de disposiciones legales, una sanción como respuesta administrativa’.”

Defende-se que é “possível estabelecer uma diferenciação mediante a referência aos valores supremos pelos quais deve se orientar a Administração e o Direito, quer dizer, no primeiro caso o bem estar e no segundo a justiça” (CEREZO MIR, 1993, p. 29).

Também derivado dos critérios anteriores, afirma-se que **as infrações administrativas protegem o dever colaboração que as pessoas têm com a Administração e o direito penal protege os interesses individuais** (NOBRE JÚNIOR, 1999, p. 194; OSÓRIO, 2005, p. 141). Portanto, os interesses tutelados são diversos: o direito penal protege a vida da sociedade e o direito administrativo sancionador tutela interesses juridicamente individualizados administrativos. De acordo com esse critério, desenvolvido por James Goldschmidt:¹⁹⁰

A diferença entre o Direito penal de justiça e o Direito penal administrativo continua existindo com toda profundidade ao buscar-se a diferença simplesmente na resposta jurídica. Assim o estimam aqueles que compreendem a ideia de que a disposição penal de justiça sanciona um Direito penal subjetivo da justiça enquanto que a disposição penal administrativa sanciona um Direito penal subjetivo da Administração. A contraposição [...] ocorre [...] da Administração frente à Justiça. Também segundo este ponto de vista a resposta jurídica ao delito administrativo continua sendo uma forma de aparição da coação administrativa e, portanto, o delito administrativo continua representando uma ilicitude jurídico-

¹⁹⁰ “Podría ser suficientemente satisfactoria establecer la diferencia entre el Derecho penal justicial y el Derecho penal administrativo en el tipo penal. [...] Efectivamente, tal diferencia es demostrable: el delito justicial es siempre una lesión de una norma legal: antijuridicidad; y el delito administrativo también una infracción de una orden administrativa; contrariedad administrativa. [...] La comprobación de que las normas transgredidas por el delito administrativo son, en su núcleo, órdenes administrativas, expresa la idea de que estas normas son ‘culturalmente indiferentes’ o ‘cambiantes’, lo que corresponde con la situación jurídica real. Pero el delito administrativo es, en lo esencial, también la infracción de una orden administrativa, y por eso, puede decir correctamente que esa ‘contradicción administrativa’ – formal – constituye el único contenido de la antijuridicidad formal coexistente a su lado, de tal manera que probablemente se podría decir que sería un criterio de la pena amenazada que en primera línea rige para la infracción de una orden administrativa. Se puede afirmar que el Derecho penal administrativo vale, primeramente, para el mantenimiento del ordenamiento administrativo, y no del ordenamiento legal [...], no está puesto al servicio de objetivos de justicia y, por eso, no es, en absoluto Derecho penal justicial.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 404 et seq.) (Tradução livre: “Poderia ser suficientemente satisfatório estabelecer a diferença entre o Direito penal de justiça e o Direito penal administrativo no tipo penal. [...] Efetivamente, essa diferença é demonstrável: o delito de justiça sempre é uma lesão da norma legal: antijuridicidade; e o delito administrativo também uma infração de uma ordem administrativa; contrariedade administrativa. [...] A comprovação de que as normas transgredidas pelo delito administrativo são, em seu núcleo, ordens administrativas, expressa a ideia de que estas normas são ‘culturalmente indiferentes’ ou ‘mutáveis’, o que corresponde à situação jurídica real. Porém o delito administrativo é, no essencial, também a infração de uma ordem administrativa e, por isso, pode-se dizer corretamente que essa ‘contradição administrativa’ – formal – constitui o único conteúdo da antijuridicidade formal coexistente a seu lado, de tal maneira que provavelmente se poderia falar que um critério da pena cominada que em primeira linha rege a infração administrativa de uma ordem administrativa. Pode-se afirmar que o Direito penal administrativo vale, primeiramente, para a manutenção do ordenamento administrativo e não do ordenamento legal [...], não está a serviço de objetivos de justiça e, por isso, não é, em absoluto, Direito penal de justiça.”).

administrativa. É dizer que a ação não autorizada pelo Direito administrativo é a consequência jurídica que constitui o direito dos delitos do Direito administrativo. (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 403, tradução livre¹⁹¹).

Como a imposição de penas implica a redução de direitos, não é possível admitir a constitucionalidade de normas jurídicas que reduzam a liberdade e a propriedade sem finalidade social. Os deveres de cooperação das pessoas com as finalidades objetivadas pelo Estado são impostos pela via penal e pela administrativa. Em ambos os casos, compete aos órgãos administrativos a fiscalização de condutas e as prescrições jurídicas estabelecem a esfera de liberdade individual das pessoas submetidas a determinada ordem jurídica, a fim de regular as relações entre elas.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 84) defendem que há diferenciação entre a esfera penal e as demais esferas jurídicas devido à diversidade dos **fins das sanções impostas na esfera penal:**

A legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na *pena*. A pena se distingue das restantes sanções jurídicas (distinguindo-se assim a legislação penal das restantes legislações: civil, comercial, trabalhista, administrativa etc.) porque procura conseguir, de forma direta e imediata, que o autor não cometa novos delitos, enquanto as restantes sanções jurídicas têm uma finalidade primordialmente ressarcitória ou reparadora.

Contudo, apenas as sanções administrativas impostas com a finalidade de ressarcir o Estado de dano patrimonial específico podem ser qualificadas como reparatórias. A maior parte das **multas** impostas pela Administração não tem relação com dano causado ao Estado, mesmo que presumido, e caracterizam-se como penas.¹⁹²

As penas administrativas não se restringem às multas, pois se admite também, nessa esfera, a aplicação de sanções punitivas restritivas de direito: interdição de

¹⁹¹ No original: “La diferencia de Derecho penal justicial y Derecho penal administrativo continúa existiendo con toda profundidad, cuando se busca la diferencia simplemente en la respuesta jurídica. Así lo estima quien se aferra a la idea de que la disposición penal justicial sanciona un Derecho penal subjetivo de la justicia mientras que la disposición penal administrativa sancionó un Derecho penal subjetivo de la Administración. La contraposición [...] consiste [...] de Administración frente a Justicia. También según este punto de vista la respuesta jurídica del delito administrativo continúa siendo una forma de aparición de la coacción administrativa, y por tanto el delito administrativo continúa representando una ilicitud jurídico-administrativa. Es decir, que la acción no autorizada por el Derecho administrativo es la consecuencia jurídica que constituye el derecho de los delitos del Derecho administrativo.”

¹⁹² Conforme desenvolvido no Capítulo 2, tópico 2.3.2.

estabelecimento, a proibição do exercício de atividades, advertência, entre outras.¹⁹³

Os critérios materiais não delimitam a esfera penal em relação às demais instâncias punitivas. Esses critérios permitem impor vedações à intervenção penal em relação a certas condutas, mas não determinar, em relação a todas as condutas, a esfera punitiva a ser utilizada. De fato, “o delito enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação conflituosa” não se diferencia “de outros fatos ou situações dessa natureza assim não qualificados”, “traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado” (KARAM, 2000, p. 331 et seq.).

3.2.4 Conceito analítico de crime

O conceito analítico de crime também não diferencia materialmente a conduta punível na esfera penal de condutas puníveis em outras instâncias, uma vez que apenas descreve os elementos necessários à imposição da sanção penal (GOMES, 2003, p. 415). Esses elementos nada dizem quanto ao conteúdo do injusto, embora a doutrina procure atribuir-lhes caracteres materiais para a identificação da conduta penalmente punível.¹⁹⁴ Sobre

¹⁹³ “Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; X - (VETADO); XI - restritiva de direitos.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998).

“Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: I - advertência por escrito; II - multa; III - suspensão do direito de dirigir; IV - apreensão do veículo; V - cassação da Carteira Nacional de Habilitação; VI - cassação da Permissão para Dirigir; VII - frequência obrigatória em curso de reciclagem.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.” (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor).

¹⁹⁴ “As diferenças entre o sistema constitucionalista do delito que acaba de ser desenhado e as teorias do delito (legalistas e formalistas) subscritas por grandes setores dogmáticos no século XX (finalismo de Welzel, especialmente) são, fundamentalmente, as seguintes: para além da subsunção formal da conduta à letra da lei (tipicidade em sentido formal), torna-se imprescindível (a) que o fato seja objetivamente imputável ao agente e (b) que seja ao mesmo tempo materialmente ofensivo ao bem jurídico protegido pela norma penal (primária). O delito, destarte, não é só desvalor da ação (seu fundamento não reside exclusivamente na conduta do agente criadora de riscos proibidos) senão, sobretudo, desvalor do resultado (produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico). A tipicidade, por seu turno, passa a ser entendida em sentido material (fato materialmente típico), porque foi enriquecida pelo sentido e conceito material da antijuridicidade (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) já não é valorada diretamente dentro da antijuridicidade, sim, no (próprio) seio da tipicidade (material).” (GOMES, 2003, p. 418).

o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 247) leciona que,

É claro que este “conceito jurídico de delito” nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso.

Sustentar que a intervenção penal somente recaia sobre a ação típica, antijurídica e culpável, nada diz sobre o crime em si, ou seja, sobre a conduta punível, apenas sobre os requisitos necessários à imposição da sanção punitiva.

Neste sentido, “delitos” seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, “teoria do delito” é somente o “nomenjuris” de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização. Este conjunto mais ou menos orgânico de requisitos constitui o nível máximo de seletividade tolerada, ou seja, que traduz um programa com vistas à redução da violência seletiva e ilegítima praticada pelo sistema penal. (ZAFFARONI, 2001, p. 248).

A existência de ação humana típica e antijurídica é o mínimo necessário para o exercício do poder punitivo. A punição por atos, que não sejam condutas humanas, implica a responsabilização por situações alheias ao comportamento humano.

A ausência de tipicidade e antijuridicidade representa a punição por condutas lícitas, que não caracterizam o descumprimento de deveres impostos pela ordem jurídica. A tipicidade resguarda a segurança jurídica, ao permitir que as pessoas possam prever, com anterioridade, os efeitos de suas condutas.

Os conteúdos adquiridos por esses conceitos não são uníssonos mesmo na esfera penal. Na relação entre as esferas, pode-se exemplificar com a tipicidade material – defendida por parte da doutrina penal – que é inexigível na esfera administrativa, uma vez que, nessa instância, se admite a punição por condutas que não ofendem ou geram perigo concreto aos bens jurídicos.

Assim, o conteúdo desses requisitos, na doutrina do Direito Administrativo Sancionador, deve estar em consonância com o direito constitucional, mas não há necessidade de identidade com os conteúdos atribuídos a esses requisitos na esfera penal. Contudo, em relação aos elementos básicos que caracterizam esses requisitos não há aplicação exclusiva na esfera penal, pois são requisitos mínimos de imputação de penas em qualquer

esfera punitiva.

A unidade do poder punitivo não importa a aplicação do regime penal ao direito administrativo sancionador ou às demais esferas punitivas. A diversidade de regimes jurídicos decorre da discricionariedade constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo. Contudo, os princípios constitucionais comuns ao direito punitivo limitam a atuação desse Poder também na tipificação de infrações administrativas e na imposição de suas sanções.

3.3 A GRAVIDADE DA INFRAÇÃO OU DA SANÇÃO COMO CRITÉRIO (QUANTITATIVO) DE IDENTIFICAÇÃO DAS INSTÂNCIAS

Parte da doutrina defende que a diferença entre infrações e sanções penais e administrativas é meramente **quantitativa**, pois as infrações e sanções mais graves da ordem jurídica devem ser destinadas à esfera penal, remanescendo à instância administrativa as infrações e sanções menos graves. Esse é o posicionamento de José Cerezo Mir (1993, p. 29):

A pena ou as sanções do Direito Penal administrativo encontrarão sua justificação unicamente em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade, como a pena do Direito Penal criminal. A imposição da sanção administrativa será também, com frequência, expressão de um juízo desvalorativo ético-social. Entre as penas e as sanções administrativas existem apenas diferenças quantitativas.

O critério quantitativo pode se basear na gravidade da infração¹⁹⁵ ou da sanção.¹⁹⁶

¹⁹⁵ “Igualmente, la selección por el derecho penal de los ataques más graves, supone que otros ataques de menor entidad, subjetiva u objetiva, pueden remitirse a otras ramas del Ordenamiento. [...] Normalmente la infracción administrativa, y eso es fácil de comprobar, se integra por conductas, todas, lesivas para bienes jurídicos *de titularidad colectiva*, bienes que lógicamente pueden ser objeto de ataques más graves (los delictivos).” (OLIVARES 1991, p. 271) (Tradução livre: “Igualmente, a seleção pelo direito penal dos ataques mais graves supõe que outros ataques de menor gravidade, subjetiva ou objetiva, podem ser remetidos a outros ramos da ordem jurídica. [...] Normalmente, a infração administrativa, e isso é fácil de comprovar, é integrada por condutas, todas, lesivas a bens jurídicas *de titularidade coletiva*, bens que logicamente podem ser objeto de ataques mais graves (criminosos).”).

“[...] o Direito Penal e o Processo Penal são mesmo instrumentais para imposição do mal aos indivíduos que infringem gravemente as normas básicas do convívio social pacificado. [...] O Direito Penal [...] seguirá reservado às infrações extremas das regras de convívio social que afetem bens jurídicos de altíssima relevância, os quais não possam ser eficazmente tutelados por outros instrumentos de controle social menos drásticos.” (CABETTE; NAHUR, 2008, p. 255).

¹⁹⁶ “A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal. [...] É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí porque precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais.” (GRECO, 2004, p. 100 et seq.).

“La tesis diferenciadora se articula en cinco puntos encadenados: *a*) el criterio relevante de clasificación de las sanciones de cara a la atribución de garantías es el de la severidad; *b*) las sanciones materialmente penales deben imponerse, dada su extraordinaria gravedad, con las máximas garantías, evitándose de tal forma que los

Segundo os defensores desse critério, não há diferença na estrutura lógica dos ilícitos e a diferença entre eles é quantitativa, pois o direito penal está legitimado a intervir apenas se a conduta proibida ofender os bens jurídicos de tal maneira que não possam ser tutelados por outros meios de intervenção estatal.¹⁹⁷ Como a imposição de sanções punitiva caracteriza ônus impostos às pessoas, elas devem ser proporcionais à lesão ou ameaça ao bem jurídico gerados pela conduta proibida.¹⁹⁸

Para alguns autores, a diferença quantitativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador torna-se qualitativa (CORACINI, 2004b, p. 257; GOLDSCHMIDT, 2010, p. 314 et seq.).¹⁹⁹

daños que ocasionan superen los beneficios derivados de sus efectos preventivos; c) en atención al principio de *última ratio*, la utilización de sanciones materialmente penales deberá limitarse a los casos en que no exista posibilidad de proteger los bienes con sanciones de menor gravedad; d) para que las sanciones de menor gravedad puedan operar como efectivo medio de tutela será necesario un incremento del grado de certeza de la sanción, el cual requerirá, en determinados casos, una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones, y e) la competencia —judicial o administrativa— para tutelar bienes mediante sanciones no materialmente penales deberá decidirse en atención a dos criterios, la gravedad de las sanciones y la capacidad de tales órganos para desempeñar con certeza la función sancionatoria.” (MOLINÉ, 1996, p. 141 et seq.) (Tradução livre: “A tese diferenciadora articula-se em cinco pontos encadeados: a) o critério relevante de classificação das sanções e a atribuição de garantia é o da severidade; b) as sanções materialmente penais devem ser impostas, dada sua extraordinária gravidade, com as máximas garantias, evitando-se, dessa forma, que os danos que ocasionam superem os benefícios derivados de seus efeitos preventivos; c) em atenção ao princípio da *ultima ratio*, a utilização de sanções materialmente penais deverá limitar-se aos casos em que não exista a possibilidade de proteger os bens com sanções de menor gravidade; d) para que as sanções de menor gravidade possam operar como efetivo meio de tutela é necessário o incremento do grau de certeza da sanção, o que irá requerer, em determinados casos, uma moderação das garantias para a imposição dessas sanções; e e) a competência – judicial ou administrativa – para tutelar bens mediante sanções materialmente penais deverá decidir-se em atenção a dois critérios: a gravidade das sanções e a capacidade desses órgãos para desempenhar com certeza a função punitiva.”).

¹⁹⁷ “Conforme se infere do disposto no capítulo anterior, o legislador não está livre para criminalizar o que bem entender, não pode, a seu livre talante, determinar o que deve ser tutelado pelo Direito Penal e o que não deve. Tal procedimento está subordinado à análise de alguns critérios que assim determinarão a real necessidade de tutela. Deve-se (i) reconhecer o bem jurídico a ser tutelado; (ii) dispor a norma de proibição em termos claros, bem delimitados e inteligíveis, donde (iii) se deve desumir de modo escorreito a necessária ofensa (intolerável) ao bem jurídico ou sua efetiva colocação em perigo, concluindo-se, de outra banda, (iv) que tão-somente agirá o Direito Penal diante de uma situação extrema, em que ineficaz a intervenção de qualquer outro ramo do Direito.” (TEIXEIRA, 2009, p 110 et seq.).

¹⁹⁸ “Por isso, o princípio da menor intervenção não descarta a criminalização, desde que ela se estabeleça dentro da filosofia de uma real necessidade e quando outros meios da política criminal mostrarem-se ineficazes. [...] Assim, os bens jurídicos devem representar uma proeminente importância social, mesmo que, num primeiro lance de olhos não soe como tal. Quando o sistema penal garante proteção ao patrimônio, criminalizando o furto, pode, à primeira vista pensar-se na proteção individual daquele que efetivamente sofrer dano no seu patrimônio. Mas o alcance da norma tem, em realidade, o fim de promover o equilíbrio, paz e segurança numa sociedade. [...] A atividade penal estabelece-se a partir de uma ligação fundamental entre o necessário sacrifício de um bem jurídico (o da liberdade, v.g., quando se impõe a pena de prisão) e as vantagens sociais decorrentes da realização de proteção a um bem jurídico. As vantagens, obviamente, deverão ser significativas em relação ao custo.” (GUIMARÃES, 2002, p. 493).

¹⁹⁹ “Se ve así pues, con suficiencia, que la diferencia entre Derecho penal administrativo y derecho penal justicial se hace patente no solamente en las normas, mas también en los derechos penales mismos. [...] Puesto que el Derecho penal justicial afecta mínimamente a la persona miembro, el Derecho penal administrativo la afecta

O critério quantitativo fundamenta-se na premissa de que as sanções do direito penal são as mais graves da ordem jurídica e, em face da proporcionalidade entre infração e sanção, essas sanções devem ser impostas a ofensas mais graves aos bens jurídicos. Assim, o direito penal assume função subsidiária em relação a outras formas de intervenção estatal:

Entre o ilícito penal e o administrativo, pena e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador. Na redistribuição da matéria deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural) e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção). (CEREZO MIR, 1993, p. 31).

Devido ao caráter subsidiário, atribuído ao direito penal, sua utilização apenas é legítima se necessária, eficaz, razoável e racional:

A missão do direito penal fixa, pois, o âmbito em que este pode intervir, mas também fixa até onde pode intervir, é dizer, traça seus limites. Segundo a concepção aqui sustentada, a tarefa do direito penal é, e seguirá sendo no futuro, a proteção subsidiária de bens jurídicos. Logo, a intervenção penal será legítima apenas se estiver dirigida a sua proteção e se, ademais, adequar-se aos mandados de *necessidade, eficácia, proporcionalidade e racionalidade*. A teoria do bem jurídico tem, pois, o papel central entre os critérios que permitem avaliar a legitimidade das intervenções penais. (ARANA, 2007, p. 126 et seq., tradução livre²⁰⁰).

máximamente y el Derecho penal disciplinaria, afecta al órgano, el Derecho penal administrativo está limitado a una función complementaria en relación al Derecho penal justicial, mientras que su total eficacia se reserva al Derecho penal disciplinario. Por eso, entre él y los otros dos derechos penales la diferencia cualitativa pura se mantiene incólume, mientras que la diferencia entre Derecho penal administrativo y Derecho penal justicial – a la que el miembro ha aportado su contribución al reconocimiento de la personalidad – puede describirse acertadamente sólo como una diferencia cuantitativa de carácter cualitativo.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 314 et seq.) (Tradução livre: “Vê-se, pois, com suficiência, que a diferença entre Direito penal administrativo e Direito penal de justiça é patente não somente entre as normas, mas também nos direitos penais mesmos. [...] Posto que o Direito penal de justiça afeta minimamente à pessoa membro, o Direito penal administrativo a afeta maximamente e o Direito penal disciplinar afeta ao órgão. O Direito penal administrativo está limitado à função complementar em relação ao Direito penal de justiça, enquanto sua total eficácia reserva-se ao Direito penal disciplinar. Por isso, entre ele e os outros dois direitos penais a diferença qualitativa pura se mantém incólume, enquanto que a diferença entre o Direito penal administrativo e o Direito penal de justiça – a que o membro aporta sua contribuição ao reconhecimento da personalidade – pode descrever-se acertadamente apenas como uma diferença quantitativa de caráter qualitativo.”).

²⁰⁰ No original: “La tarea del derecho penal fija pues el ámbito en el que éste puede intervenir, pero a la vez, fija también hasta dónde puede intervenir, es decir, traza sus límites. Según la concepción sostenida aquí, la tarea del derecho penal es y seguirá siendo en el futuro la protección subsidiaria de bienes jurídicos. Luego, una intervención penal será legítima sólo si está dirigida a su protección y si, además, se adecúa a los mandatos de *necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad*. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.”

O princípio da subsidiariedade, segundo o qual o direito penal é a *ultima ratio*,²⁰¹ pressupõe a existência de outros mecanismos estatais de **intervenção** na esfera privada e também de **punição**, especialmente a via administrativa, dos quais o direito penal é subsidiário.

Sempre que existirem outros meios que não seja o Direito penal para a defesa dos direitos individuais, estes serão preferíveis, porque são menos lesivos. Trata-se da exigência de economia social que deve haver no Estado Social, por meio da qual busca-se o maior bem social com o menor custo social [...]. Do princípio de intervenção mínima é possível extrair os caracteres de subsidiariedade ou *ultima ratio* e fragmentariedade do Direito penal. (MILANESE, 2003, p. 62, tradução livre²⁰²).

É necessário, portanto, identificar os outros mecanismos de que dispõe o Estado e as situações em que devem ser utilizados. Não basta defender a intervenção mínima pelo direito penal, como a *ultima ratio* da política criminal, sem apresentar os outros mecanismos de atuação estatal e, principalmente, os fatores que excluem a atuação do direito penal em relação a esses outros mecanismos.

Entretanto, a identidade material entre as instâncias punitivas impede a determinação de critérios objetivos que permitam distinguir as condutas puníveis na esfera administrativa de outras puníveis na instância penal. No Brasil, o Poder Legislativo não utiliza a instância penal como subsidiária às penalidades impostas pela Administração, mas concomitantemente a essas.

O princípio da mínima intervenção penal não tem sido observado e, “hoje, o objetivo do direito penal *moderno* seria alcançar determinados resultados externos. Afirma-se, em suma, que o direito penal não seria mais para o legislador a *ultima ratio*, senão, em medida crescente, *prima ratio*” (ARANA, 2007, p. 117, tradução livre²⁰³), (CABETTE; NAHUR, 2008, p. 245 et seq.).²⁰⁴

²⁰¹ “Por sua vez, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.” (PRADO, 1996, p. 49).

²⁰² No original: “Siempre que existan otros medios que no sea el Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social [...]. Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal.”

²⁰³ No original: “Hoy, el objetivo del derecho penal *moderno* sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que el derecho penal no sería más para el legislador *ultima ratio*, sino, en medida creciente, *prima ratio*”.

²⁰⁴ “Según Hassemer, el Derecho penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto

A limitação à intervenção penal fundamenta-se, especialmente, na natureza extremamente grave da pena privativa de liberdade e em seus efeitos “nefastos” (SABBATINE, 2009, p. 99),²⁰⁵ que obrigam a que o Estado, em razão da proporcionalidade, a relegue à *ultima ratio* da política criminal (LAGO, 2011, p. 478).²⁰⁶

actual, las cuales son: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias. La primera de ellas, consiste en que el Derecho penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas. Así, el Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos. [...] La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad. [...] La tercera y última característica es la conversión por el Derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias a una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. [...] Con esta exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho penal moderno, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho. Así, el Derecho penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin de si mismo, lo que lleva a su empelo como medio para la educación.” (MILANESE, 2003, p. 66 et seq.) (Tradução livre: “Segundo Hassamer, o Direito penal moderno apresenta três características próprias que refletem o contexto atual: a proteção de bens jurídicos, a prevenção e a orientação das consequências. A primeira delas consiste em que o Direito penal moderno considera a proteção de bens jurídicos uma exigência para a punição de determinadas condutas, desvirtuando, desta maneira, a concepção clássica deste princípio, segundo a qual a proteção de bens jurídicos assume um caráter negativo, de proibição de punição de determinadas condutas. Assim, o Direito penal moderno utiliza a proteção de bens jurídicos como uma ordem para penalizar e não como uma limitação à proteção de bens jurídicos. [...] A segunda característica consiste em que o Direito penal moderno converteu a prevenção, antes considerada meta secundária do Direito penal, em sua principal finalidade. [...] A terceira e última característica é a conversão, pelo Direito penal moderno, da orientação às consequências de uma meta dominante, sendo que o Direito penal clássico a tinha como um critério complementar para a correta legislação. [...] Com essa exaltação da orientação das consequências pelo Direito penal moderno, o Direito penal resume-se em um instrumento de pedagogia social, com a finalidade de sensibilizar as pessoas acerca de determinados temas então tutelados por outros ramos do Direito. Assim, o Direito penal acaba por ser considerado uma valoração e um fim em si mesmo, o que leva a seu emprego como meio para a educação.”).

²⁰⁵ “A prisão é, antes de tudo, um castigo. Está acima de quaisquer dúvidas, porém, que esta representa na prática, muitíssimo mais do que a mera privação da liberdade, tendo em vista que o condenado perde outrossim, num ambiente de tensões e promiscuidade moral, a segurança, a privacidade, a intimidade, a capacidade de autopromoção, a identidade social, subordinando-se, além do mais, a comandos autoritários, impostos não só pelo diretor, pelos agentes penitenciários, como também pelas lideranças formadas por outros presos dominadores da massa carcerária. A imagem do castigo [...] robustece-se em prisões ruinosas, superlotadas, com péssimas condições de higiene, onde a droga é consumida sem embaraços, o abuso sexual é constante, praticamente inexiste oferta de trabalho, de lazer orientado e a assistência material, médica, jurídica, social e religiosa se presta de forma precária.” (LEAL, 1995, p. 91).

²⁰⁶ Não apenas a pena privativa de liberdade mas a utilização de incriminações penais deve ser relegada à *ultima ratio* da ordem jurídica, devido aos efeitos negativos decorrentes da imposição das sanções aplicadas na esfera penal. Embora a pena privativa de liberdade seja, de fato, a mais grave sanção prevista na ordem jurídica brasileira, o impacto moral do julgamento penal é efeito que não existe na esfera administrativa, ainda que, consoante demonstra Georges Dellis (1997, p. 55) esse impacto, mesmo na esfera penal, nem sempre tenha a mesma importância. A exposição pública vexatória do sistema penal implica efeitos morais inexistentes na esfera administrativa e essa diferença justifica a utilização dessa via na menor extensão possível.

Nesse sentido: “A la función estigmatizadora de algunas sanciones contribuye no sólo su contenido, sino también su publicidad. En tal sentido, el hecho de que las sanciones más graves (como las privativas de libertad) se impongan en un proceso público las hace más estigmatizadoras que si tal publicidad no existiera (compárese en este sentido sanciones privativas de libertad impuestas con procedimiento administrativo, por

O princípio da mínima intervenção penal fundamenta-se no Estado Democrático de Direito, tendo em vista a incompatibilidade da expansão do controle social pelas vias penais com esse modelo de Estado (FRANCO *in* ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 17 et seq.; CORACINI, 2004b, p. 242 et seq.). Segundo alguns autores, o direito penal mínimo é típico de estados democráticos, enquanto o direito penal máximo caracteriza matrizes autoritárias e pouco garantísticas.²⁰⁷

Contudo, há doutrina que, ao defender a subsidiariedade do direito penal, relega à esfera administrativa toda repressão que, segundo entende, não pode ser absorvida pela esfera penal. Entretanto, como a esfera administrativa, processualmente, é menos garantística,²⁰⁸ é necessário que também se lhe sejam impostos limites, especialmente porque se admite, nessa instância, a imposição de sanções que, da mesma natureza que as penais, podem ser mais

ejemplo en el ámbito militar, con sanciones privativas de libertad impuestas con procedimiento penal). En el mismo sentido, las sanciones patrimoniales impuestas en procedimiento público (por ejemplo, las multas impuestas por jueces y tribunales penales) generan mayor estigma que las impuestas en un procedimiento no público como es el administrativo.” (MOLINÉ, 1996, p. 143 et seq.) (Tradução livre: “À função estigmatizante de algumas sanções contribui não só seu conteúdo, mas também sua publicidade. Nesse sentido, o fato de as sanções mais graves (como as privativas de liberdade) sejam impostas em um processo público as torna mais estigmatizantes que se essa publicidade não existisse (compare-se, nesse sentido, as sanções privativas de liberdade impostas em processos administrativos, por exemplo, no âmbito militar, com as sanções privativas de liberdade impostas no processo penal). Nesse mesmo sentido, as sanções patrimoniais em procedimento público (por exemplo, as multas impostas pelos juízes e tribunais penais) geram maior estigma que as impostas em um procedimento sem publicidade, como é o administrativo.”).

“A carga estigmática produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los *contaminados*, comportem-se como continuação do sistema penal. Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como ‘vagabundos’, ‘chacais’, etc [...]” (ZAFFARONI, 2001, p. 134).

²⁰⁷ “Ademais, o direito penal mínimo propõe uma graduação das penas, segundo delito e delinqüente e consideradas a vítima e a esfera ofendida, de tal sorte que, se solução menos incisiva se mostrar suficiente ao processo de reintegração social, deverá ela ser preferida deixando às situações mais graves as penas mais agressivas. O direito penal máximo, em turno inverso, confere largos poderes de enfrentamento ao Estado e, por isso mesmo, limita expressivamente os direitos fundamentais – restrição que se dá, ressalte-se, em relação a todos os indivíduos, e não apenas aos criminosos, porque, nessa perspectiva, todas as pessoas são potencialmente passíveis de cometerem ilícitos –, além do que, exigindo a majoração das penas e a inclemência absoluta nos regimes de cumprimento, não admite substitutivos penais ainda que para crimes menos danosos, identificados esses como embriões da criminalidade e, portanto, devendo ser de logo abortados (metáfora que expressa bem o procedimento que pressupõe trauma).” (FERNANDES, 2007, p. 83 et seq.).

²⁰⁸ “Comparativamente, o Direito Administrativo Sancionador é muito menos desenvolvido que o Direito Penal. Há muito menos esforço teórico na formulação dos parâmetros jurídicos das punições administrativas, o que, aliado ao referido recrudescimento dessas sanções, aumenta o risco de graves ofensas aos cânones do Estado de Direito na seara da responsabilização administrativa. É extremamente importante, por isso, atentar para a aplicação de certos princípios do Direito Penal no campo administrativo sancionador, bem como para o reflexo das decisões do juízo penal sobre a instância administrativa.” (ARAÚJO, 2011, p. 70).

graves.²⁰⁹ Nesse sentido, manifesta-se Daniel Ferreira (2009, p. 148 et seq.) que também o ilícito administrativo não pode apresentar-se desarrazoado, descabido ou desprovido de finalidade.

Questiona-se se o direito brasileiro, especialmente a CRFB/88, acolhe a subsidiariedade do direito penal em relação às demais formas de punição estatal. Sobre o tema, Alberto Silva Franco (*in* ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 17 et seq.), ao analisar o modelo garantístico estabelecido pela CRFB/88, sustenta que:

Na própria Constituição Federal, de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não o foram acolhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências. “Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do ‘crime hediondo’? Como considerar em coerência com um sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? Como admitir numa Constituição de inspiração liberal que se determine a espécie de pena que o legislador infraconstitucional deve cominar para determinado delito? Como estabelecer, em nível constitucional, que o legislador ordinário deve necessariamente criminalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente ou a menores? Por meio dessas infiltrações, verdadeiros ovos de serpente, é posto em xeque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica.”

Segundo esse autor, a CRFB/88 não assegura o uso do direito penal **sempre** como *ultima ratio* da política criminal. Uma das principais demonstrações da ausência dessa garantia típica, no texto constitucional, é a previsão, no art. 98, I, da CRFB/88 da existência de “infrações penais de menor potencial ofensivo”.

Embora esse dispositivo fundamente a inconstitucionalidade de leis penais que punem condutas que não ofendam a bens jurídicos (TEIXEIRA, 2009, p. 109), ele também demonstra que nem sempre se utiliza o direito penal diante das ofensas “mais graves” aos bens jurídicos “mais importantes” da sociedade.

²⁰⁹ “Entendemos que não há como se apontar distinção de *natureza* entre os ilícitos penais e administrativos. Ambos decorrem do poder punitivo do estado, na busca da preservação de determinados valores sociais, em face de escolhas políticas feitas nos limites da Constituição. Para além desse critério de política legislativa, tradicionalmente se pode também vislumbrar uma outra distinção: a de grau, ou seja, os ilícitos penais devem constituir-se nos mais ofensivos comportamentos sociais, correspondendo também às sanções mais graves. Mas isso nem sempre é observado pelo legislador e, nos últimos anos, tem-se verificado a tendência, em vários campos, de agravamento das sanções administrativas, ao mesmo tempo em que o Direito Penal preocupa-se mais e mais com o abrandamento de certos rigores tidos como excessivos às finalidades da persecução penal, como o atesta o prestígio atual das chamadas *penas alternativas*.” (ARAÚJO, 2011, p. 70).

3.3.1 Crítica ao critério quantitativo

A aplicação do critério quantitativo, em relação à gravidade das infrações, não é factível devido à inexistência de consenso quanto à importância dos valores sociais e em razão da mutação social do conteúdo dos valores considerados mais importantes.

A CRFB/88 não estabelece limites quantitativos à esfera administrativa em relação à penal e, exceto em relação à pena privativa de liberdade, as penas impostas em ambas as instâncias são da mesma natureza.²¹⁰ Ademais, a identificação de uma conduta como grave ofensa a bens jurídicos não implica a necessária utilização da instância penal, exceto quanto a criminalizações constitucionalmente determinadas.

A delimitação dessas esferas, com base na gravidade da sanção, mostra-se falha, devido à existência de sanções mais graves nas esferas administrativa e judicial não penal, que demonstra que nem todas as sanções graves são impostas na instância penal.

A pena de multa,²¹¹ por exemplo, nem sempre é mais grave na esfera penal, uma vez que não mais se admite sua conversão em pena privativa de liberdade.²¹² Quanto aos aspectos processuais e econômicos, a imposição da multa penal pode-se mostrar mais vantajosa ao condenado que a administrativa. Na aplicação da multa penal, o juiz deve considerar as condições econômicas do condenado²¹³ e fixá-la próxima ao mínimo legal em diversas situações. O valor máximo dessa multa é 360 dias-multa e cada dia-multa não pode

²¹⁰ “Art. 5º. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²¹¹ “A ‘multa’, ou ‘pena pecuniária’, não foi instituída pela Reforma de 1984, existindo anteriormente como forma de punição autônoma, sendo isolada, cumulativa ou, em algumas hipóteses, opcional. Modificou-se a situação, no entanto, com o advento da Reforma de 1984, na medida em que, além de autônoma e cumulativa, ou ainda opcional, também passou a ser prevista como substitutiva, estendendo-se o privilégio a outras medidas delituosas, como maneira de irrogar punição (art. 62, §2º). Além disso, alterou-se o panorama no que se refere à quantificação das multas, anteriormente fixadas em valores fixos, sujeitos à desvalorização, pela inflação monetária, com o conseqüente descrédito da justiça penal, em face dos valores irrisórios que passaram a representar as multas impostas. Com a retomada do sistema do ‘dias-multa’, buscou-se permitir a eficácia e viabilidade efetiva das multas como sanção penal, permitindo inclusive a adequada individualização da pena de acordo com a culpabilidade e condição econômica do infrator, além de possibilitar, à época, fosse viável sua conversão em pena privativa de liberdade (antigo texto do art. 51.), possibilidade que entretanto se fez posteriormente revogada pelo advento da Lei 9.268/96, que determinou fosse o valor considerado como dívida pública, insuscetível de conversão em pena privativa de liberdade.” (LAGO, 2011, p. 495).

²¹² “Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” (BRASIL, Código Penal).

²¹³ “Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. §1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.” (BRASIL, Código Penal).

ultrapassar 5 vezes o valor do salário mínimo vigente.²¹⁴ O prazo prescricional dos ilícitos penais, cuja multa é a única pena cominada ou aplicada, é menor que o prazo prescricional para imposição e execução de multas por infrações administrativas.²¹⁵

Marco Antônio de Barros (1999, p. 465), ao comparar os dispositivos penais e administrativos da Lei 9.613/1998 (BRASIL), que “*dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; [...]*”, relata que:

Ao compararmos os dispositivos da Lei que versam sobre a aplicação de penas de multa, acende-se o inegável contra-senso nela exposto. Se a princípio o legislador tratou com extrema brandura o criminoso lavador, visto sancionar todas as infrações penais com pena de multa irrisória, como se estivesse tratando da repressão de crimes comuns, ou de um criminoso ocasional, bem diversa foi a sua disposição ao dispor sobre a punição reservada para os agentes financeiros. Há nisso tudo manifesto desequilíbrio, pois, em tese – a lei assim permite concluir –, é possível que o réu lavador venha a ser condenado judicialmente a pagar ínfima pena de multa, ao passo que ao agente financeiro se aplique, por decisão administrativa, pena pecuniária de grande valor.

Essa situação é agravada pelos critérios de imputação mais flexíveis existentes na esfera administrativa, que, por vezes, mesmo cominando penas mais graves por condutas mais

²¹⁴ “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. §1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. §2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.” (BRASIL, Código Penal). Na esfera administrativa, o valor de determinadas multas pode ser variável e, quando fixado, pode chegar a milhões: “78-F. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e não deve ser superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). §1º O valor das multas será fixado em regulamento aprovado pela Diretoria de cada Agência, e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.” (BRASIL, Lei 10.233, de 05/06/2001). “Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: [...] II - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) [...]” (BRASIL, Lei 9.613, de 03/03/1998).

²¹⁵ “Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá: I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.” (BRASIL, Código Penal). “Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. §1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. §2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.” (BRASIL, Lei 9.873, de 23/11/1999).

leves, dispensa requisitos obrigatórios para a imputação da multa penal.²¹⁶

A subsidiariedade do direito penal deve levar à conclusão de que sua aplicação afasta a incidência, ao menos, de outras instâncias punitivas, que se mostram ineficientes ou insuficientes à tutela do bem jurídico em relação a determinada conduta. Todavia, a punição penal não exclui a possibilidade de aplicação de sanções administrativas pelos mesmos fatos (CORACINI, 2004a, p. 434).

Embora a doutrina seja veemente quanto à necessária subsidiariedade e fragmentariedade²¹⁷ do direito penal, verifica-se que esses princípios não são utilizados nem para restringir sua esfera de incidência, nem para retirar da esfera administrativa as graves ofensas aos bens jurídicos já tutelados na esfera penal.

No Brasil, a teoria da autonomia e independência das instâncias fundamenta a aplicação de diversas sanções punitivas pelo mesmo fato e permite que, na esfera administrativa, cujas garantias são inferiores às existentes no processo penal, sejam impostas sanções mais graves que as penais.²¹⁸

O caráter subsidiário e fragmentário do direito penal não exclui a aplicação de princípios integrantes do Direito Punitivo ao Direito Administrativo Sancionador.

3.4 ESPERA CONSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ao se perquirir sobre as diferenças entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, podem-se considerar dois enfoques. O primeiro quanto à existência de âmbitos

²¹⁶ “Não bastasse esse despropósito, o problema torna-se ainda mais grave quando examinamos o elemento subjetivo dos crimes de lavagem. Como já escrevemos, não é punível a lavagem culposa. Demais disso, o dolo é direto [...] pois não há espaço para dolo eventual [...], já que as várias condutas criminosas traçadas pela Lei estão ligadas à intencionalidade de ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito, ou então referem-se a comportamentos paralelos de colaboração e indicativos de prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores. Pois bem, nada disso aplica-se a qualquer das pessoas arroladas no art. 9º, sobre as quais paira o dever de identificar os clientes, conservar os registros das operações e transações e promover a comunicação da realização desses negócios à autoridade administrativa, isto é, ainda que o ‘agente incumbido da fiscalização’ não tenha agido com dolo, seu comportamento negligente pode dar ensejo à imposição de pena, cuja sanção, sob o enfoque pecuniário, supera a reprimenda destinada ao autor do crime de lavagem.” (BARROS, 1999, p. 465).

²¹⁷ “[...] ‘caráter fragmentário’ do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”. (BITENCOURT, 1999, p. 43).

²¹⁸ “O direito penal possui, historicamente, uma série de princípios e garantias informadores, que, como já exposto, dificultam a punição de algumas condutas, relacionadas às modernas formas de criminalidade. Ocorre que o tratamento pelo direito administrativo sancionador, de condutas socialmente danosas, não pode ser uma desculpa para a aplicação de sanções de conteúdo gravíssimo, sob outra denominação que não a de penas criminais.” (CORACINI, 2004b, p. 265).

de atuação diferenciados para cada esfera. Com esse enfoque, a doutrina busca critérios que identifiquem as condutas que devem e/ou podem ser sancionadas na esfera penal e as que devem e/ou podem ser sancionadas na esfera administrativa. Esses critérios são chamados materiais ou quantitativos, pois objetivam estabelecer o âmbito das infrações penais e diferenciá-lo do âmbito referente às demais esferas punitivas.

Os critérios formais enquadram-se no segundo enfoque. Eles não visam a estabelecer a esfera de atuação de cada ramo jurídico, mas apenas a forma pela qual a sanção se manifesta em cada um deles. Esses critérios não se preocupam com o ilícito e lhes é indiferente se a conduta é objeto de sanção penal ou administrativa, desde que observados os critérios jurídicos para imputação em cada esfera.

A diferença entre as formas de exercício do poder punitivo são determinadas por critérios formais. Como são descrições da ordem jurídica, baseadas nas normas expedidas pelo Poder Legislativo, esses critérios não fundamentam a diversidade do regime e não identificam qualquer aspecto que possa excluir as esferas judicial não penal e administrativa do conceito desse poder.²¹⁹ Apresentar diferenças quanto aos critérios de imputação, ao procedimento ou às sanções não fundamenta a diversidade de regimes jurídicos, apenas explicita a existência de regimes jurídicos diversos.

²¹⁹ As teorias surgidas, no início do século XX, quanto à autonomia do Direito Penal Administrativo tiveram o objetivo de excluir da esfera administrativa determinados princípios assentados na esfera penal (legalidade, responsabilidade subjetiva, entre outros). Nesse sentido: “Por eso, el Derecho penal administrativo es en efecto una disciplina legal totalmente nueva e independiente, a saber, una parte del Derecho administrativo. [...] En correlación a su auténtica esencia, el Derecho penal administrativo exige principios especiales. Ciertamente, se opera con la técnica conceptual totalmente jurídico penal. Pero ésta debe adaptarse a su naturaleza administrativa. Así, forman parte de ella, por ejemplo, la falta de consideración de la diferencia entre dolo e imprudencia, la presunción de culpa, la inexistencia de la co-participación, aunque también la posibilidad de la prueba exculpatoria de la ignorancia de la disposición administrativa infringida. Con otras palabras, la correspondencia de la infracción administrativa, esto es, de la antijuridicidad administrativa o, más bien aún, del ilícito administrativo con el delito, no es otra que la relación del delito con el ilícito civil. No puede haber discusión sobre el uso de las normas penales sobre concurso de delito en caso de colisión entre delito e infracción administrativa. En caso de colisión entre sí de disposiciones administrativas, se aplicarían los correspondientes preceptos penales administrativos.” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 293 et seq.) (Tradução livre: “Por isso, o Direito penal administrativo é, com efeito, disciplina totalmente nova e independente, a saber, uma parte do Direito administrativo. [...] Em correlação à sua autêntica essência, o Direito penal administrativo exige princípios especiais. Certamente, opera-se com técnica conceitual totalmente jurídico penal. Porém esta deve adaptar-se a sua natureza administrativa. Assim, formam parte dela, por exemplo, a desconsideração da diferença entre dolo e culpa, a presunção de culpa, a inexistência de coparticipação, ainda que seja admissível prova exculpante da ignorância da infração administrativa cometida. Em outras palavras, a correspondência da infração administrativa, isto é, da antijuridicidade administrativa ou, melhor dizendo, do ilícito administrativo com o crime, não é outra que a relação do crime com o ilícito civil. Não pode haver discussão sobre o uso das normas penais sobre concurso de crimes em caso de concorrência entre crime e infração administrativa. Em caso de concorrência entre si de disposições administrativas, aplicam-se os correspondentes preceitos penais administrativos.”).

O poder punitivo geral exercido pela Administração não se baseia na natureza dessa atividade ou em determinação constitucional quanto a seu exercício,²²⁰ mas decorre das normas infralegais que o atribuem à Administração. Nesse sentido, o fundamento do poder punitivo geral exercido pela Administração é a atribuição dessa competência por lei promulgada em conformidade com a CRFB/88.

Embora esses critérios sejam legítimos, se estiverem de acordo com as normas constitucionais, eles não determinam a autonomia de cada uma das formas de manifestação do poder punitivo; nem é possível, com base exclusivamente nas normas infralegais, estabelecer diferenças materiais entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.²²¹

Com base nessas considerações, defende-se que, independentemente da esfera que se manifesta, o poder punitivo não é limitado por esses critérios – exceto se constitucionalmente assegurados – mas por princípios constitucionais. Assim, as diferenças formais entre as instâncias apenas podem ser impostas pelo Poder Legislativo se não ofenderem esses princípios. Miguel Reale Júnior (2007, p. 95) defende a distinção meramente formal entre os ilícitos penais e administrativos, contudo, sustenta que:

[...] mesmo sob a perspectiva de uma diferença ontológica entre os ilícitos, reconhece-se que há de se observar os mesmos princípios ao impor o *jus puniendi*, seja no plano penal, como no administrativo. **Nada justifica que ao exercer o direito de punir, para impor uma sanção criminal, devam-se respeitar princípios básicos de proteção do indivíduo perante o arbítrio estatal e o mesmo não seja exigido ao se impor uma sanção**

²²⁰ A CRFB/88 garante expressamente o poder punitivo disciplinar da Administração em relação aos servidores públicos: “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. §1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; [...] §2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988). A mesma Constituição refere-se ao poder punitivo exercido na esfera administrativa geral nos arts. 114, VII e 225, §3º.

²²¹ “Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é. Não há nada na *natureza* do fato, na sua natureza *intrínseca*, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá *qualquer* denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência *formal* do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável: *o conceito de crime não é operacional.*” (KARAM, 2000, p. 332).

administrativa, por vezes mais grave do que a imposta pela lei penal.
(Sem destaques no original).

Como a imposição de penas não é função tipicamente administrativa (OSÓRIO, 2005, p. 86), seu exercício, em razão do descumprimento de obrigações estabelecidas em relações gerais, é discricionariamente atribuído, pelo Poder Legislativo, a órgãos do Poder Judiciário e a órgãos do Poder Executivo, exceto em relação a temas que a CRFB/88 expressamente impôs o uso da esfera penal.

A CRFB/88, ao determinar a imposição da sanção penal em determinadas hipóteses,²²² limita o Poder Legislativo quanto às condutas que as caracterizam. Contudo, essas normas constitucionais não delimitam o âmbito de incidência do direito penal, motivo pelo qual remanesce ao Congresso Nacional discricionariedade quanto à utilização do direito penal, do direito administrativo sancionador ou da esfera judicial não penal, em relação às demais condutas (OSÓRIO, 2005, p. 148 et seq.).

Essa discricionariedade é reconhecida pela inexistência de critério material que possa, de forma segura e apriorística, separar as condutas objeto do direito penal das que devem ser relegadas às demais esferas punitivas.

A diversidade de regimes jurídicos para imposição de sanções punitivas também decorre da discricionariedade atribuída ao Poder Legislativo, pois como a CRFB/88 não determina a judicialização da imposição das sanções punitivas, esse Poder tem competência para atribuir à Administração seu exercício mediante regime jurídico diferenciado.

Contudo, o Poder Legislativo é limitado pela CRFB/88, em relação às sanções impostas na esfera administrativa, pois não pode atribuir à Administração a competência para, na esfera geral, impor penas privativa de liberdade, para dissolver associações ou suspender direitos políticos.

²²² “Art. 5º. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático [...]. Art. 7º. [...] X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa. [...] Art. 29-A. [...] §2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária. §3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao §1º deste artigo. [...] Art. 225. [...] §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

A competência do Poder Legislativo para estabelecer a esfera punitiva – que determinará o processo e a autoridade competente para imposição da sanção – não implica competência para utilizar todos os recursos do sistema penal no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo.²²³

Em relação a essas infrações, a natureza simplificada do processo penal em que são impostas as sanções a elas cominadas e a possibilidade de transação impossibilitam a aplicação da pena privativa de liberdade,²²⁴ a quebra de sigilo de comunicações para fins de investigação penal²²⁵ e a possibilidade de adentrar em domicílio em casos de flagrante de crime.²²⁶

A inviolabilidade do sigilo das comunicações, embora possa ser restringida pela Administração no exercício da fiscalização, demanda autorização judicial e somente é justificada se o pressuposto de fiscalização for conduta tipificada na esfera penal como crime.

²²³ “No Brasil, neste tema, decerto há de ser trazida à cena a Lei 9.099, de 26.09.1995, cujos dispositivos introdutórios de medidas despenalizadoras, ao contrário da euforia com que foram saudados, na realidade, nada significam para a evitação da pena privativa de liberdade, bastando pensar que sua substituição por penas pecuniária ou restritiva de direitos, em decorrência da transação penal, concretizar-se-ia, normalmente, diante de regras que já eram previstas no Código Penal e dos requisitos exigidos pelo legislador de 1995, da mesma forma que a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, com a qual nitidamente se identifica a suspensão do processo, necessariamente, se daria no caso de condenação, em circunstâncias correspondentes às previstas na referida lei para a aplicação daquele novo instituto, servindo tais medidas tão somente para ampliar o alcance do sistema penal – e isto, ao preço da imposição de verdadeiras penas, com a quebra de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal, o apontado autor da infração penal, substancialmente inferiorizado diante de um Ministério Público, cada vez mais fortalecido, sendo levado a negociar o recebimento de uma pena alternativa, com o sacrifício de seu direito inalienável à defesa e à proclamação de sua não-culpabilidade, a ação do Estado, a sugerir ou a facilitar que o indivíduo renuncie a direitos fundamentais, decerto não se compatibilizando com os postulados de um Estado Democrático de Direito. O discurso que acena com penas alternativas não deve, pois, nos enganar. A lógica irracional que preside as idéias de delitos e de penas e as teorias que as fundamentam e legitimam, é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão, presente ainda que mitigados o sofrimento e a dor maiores representados pela privação de liberdade. [...] matéria publicada na *Folha de S. Paulo* 24.07.1997 [...] apontava-se que sua [da Lei 9099/95] aplicação já havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária, elevando sim o caráter punitivo da Justiça brasileira, o próprio Luiz Flávio Gomes, um dos maiores entusiastas do suposto caráter liberalizante daquele diploma, entrevistado na matéria, reconhecendo que as punições aumentaram sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva.” (KARAM, 2000, p. 343).

²²⁴ “Art. 5º. [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²²⁵ “Art. 5º. [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²²⁶ “Art. 5º. [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

Já a inviolabilidade do domicílio, via de regra, apenas pode ser restringida com autorização judicial, mas se admite que a Administração, no caso de flagrante de ilícito penal, possa limitar essa garantia sem autorização judicial.

A limitação dos direitos de liberdade de locomoção, liberdade e sigilo de comunicação e intimidade do domicílio apenas é admitida na exata medida em que a CRFB/88 autoriza. Contudo, ao exigir processo penal para a imposição dessas restrições, a CRFB/88 exige também conteúdo processual mínimo, motivo pelo qual elas não podem ser impostas se retiradas as garantias processuais.

Todavia, fora desse âmbito, esses mecanismos são próprios do sistema penal, que comporta, nos termos constitucionais, o uso de instrumentos vedados à Administração.

A CRFB/88 também estipula âmbito de aplicação exclusiva do direito administrativo sancionador. Consoante dispõe o art. 98, I, da CRFB/88, a infração penal deve ostentar ofensividade, portanto, as condutas que não ofendem ou geram perigo concreto aos bens jurídicos devem ser sancionadas na esfera administrativa.²²⁷

Também ao direito administrativo sancionador e à esfera judicial não penal devem ser remetidas as leis punitivas excepcionais e temporárias.

²²⁷ Sobre o tema, Juarez Tavares (2004, p. 59) leciona que as funções, por não lesarem ou gerarem perigo concreto aos bens jurídicos, são objeto de tutela pelo direito administrativo sancionador. Conforme esse autor, a função é uma relação conseqüente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo. Da mesma forma que as variáveis dependentes, a função não tem significado próprio, mas somente no contexto da própria relação. Assim, caracterizam-se como funções o controle do tráfego, o de entrada ou saída de bens, entre outros, uma vez que essas atividades não têm caráter de universalidade por estarem subordinadas exclusivamente a critérios de oportunidade. O bem jurídico, contudo, congrega as características de universalidade e substancialidade e restringe-se, exclusivamente, aos valores da pessoa humana de caráter universal, material ou ideal, porém real, que não dependam, para sua existência e essência, de qualquer relação funcional. Ainda como mecanismo de distinção entre bem jurídico e função, o mesmo autor indica que enquanto a lesão ou o perigo ao bem jurídico pode ser contestado em um procedimento (TAVARES, 2004, p. 77), as funções não podem se “submeter a qualquer exame ou a demonstração empírica de que não tenham sido lesadas ou postas em perigo” (TAVARES, 2004, p. 81, tradução livre). “La distinción entre bien jurídico y función no puede partir de la propia norma y de su infracción, y ningún concepto de función puede derivar exclusivamente de los fines que persigue. La distinción básica reside en que la función no existe por sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores. No importa, así, para el concepto de función, que esta o aquella actividad de control puede ser útil o inútil, adecuada o inadecuada. [...] El bien jurídico, por ejemplo, vida humana, debe ser tomado como valor por sí mismo, ya sea que se refiera a una persona virtuosa o a una persona execrable.” (TAVARES, 2004, p. 65 et seq.) (Tradução livre: “A distinção entre bem jurídico e função não pode partir da própria norma e de sua infração, e nenhum conceito de função pode derivar exclusivamente dos fins que persegue. A distinção básica reside em que a função não existe por si mesma, mas depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando, unicamente, cálculos de predicados que não podem ser considerados valores. Não importa, assim, para o conceito de função, que esta ou aquela atividade de controle possa ser útil ou inútil, adequada ou inadequada. [...] O bem jurídico, por exemplo, vida humana, deve ser tomado como valor por si mesmo, independentemente de se referir a uma pessoa virtuosa ou a uma pessoa execrável”).

As leis excepcionais e temporárias são leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias. *Leis temporárias* são aquelas cuja vigência vem previamente fixada pelo legislador e são *leis excepcionais* as que vigem durante situações de emergência. (BITENCOURT, 1999, p. 144).

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade de leis penais excepcionais e temporárias, em razão da previsão constitucional de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”²²⁸ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 206 et seq.). Contudo, o art. 3º do Código Penal²²⁹ prevê, expressamente, a ultratividade de leis penais excepcionais e temporárias. Defende-se a constitucionalidade dessa norma, por entender-se que a CRFB/88 apenas veda de maneira absoluta a retroatividade da lei penal desfavorável, mas não impõe a retroatividade da lei penal mais benéfica, que fica a critério do Congresso Nacional (BITENCOURT, 1999, p. 145).

Contudo, o direito penal deve ser utilizado apenas em situações, ao menos a *priori*, permanentes na sociedade, o que não ocorre em situações que a norma já traz o prazo de vigência. A determinação constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica torna inútil a legislação nesse sentido e exige que essas condutas sejam remetidas à esfera administrativa ou judicial não penal, em relação às quais não há determinação constitucional (absoluta) de retroatividade da norma mais benéfica.

A proibição constitucional à criação de infrações penais excepcionais ou temporárias também deriva do art. 62, §1º, I, *b*, da CRFB/88,²³⁰ que veda a edição de medidas provisórias com conteúdo penal. Como as medidas provisórias são submetidas ao Congresso Nacional, a vedação quanto ao conteúdo não deriva da falta de legitimidade do Chefe do Executivo para legislar sobre esses temas. A absoluta vedação à expedição de medidas provisórias com conteúdo penal decorre da exigência de estabilidade quanto ao conteúdo das normas penais.

²²⁸ “Art. 5º. [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu [...]”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²²⁹ “Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.” (BRASIL, Código Penal).

²³⁰ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. §1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

Nesse sentido, todas as limitações, impostas no art. 62, I, da CRFB/88, fundamentam-se na necessidade de estabilidade dos temas e conteúdos referidos no dispositivo. Portanto, nos termos constitucionais, mesmo situações relevantes e urgentes não admitem o uso do direito penal de forma instável e essa proibição não se dirige apenas ao Presidente da República, mas também ao Congresso Nacional.

Mesmo com essas limitações, remanesce ao Congresso Nacional discricionariedade quanto à esfera a ser utilizada em relação à maior parte das condutas.

Essa discricionariedade manifesta-se em relação aos procedimentos, à atribuição da competência para imposição das penas e de sua execução e à seleção de condutas a serem sancionadas nas instâncias punitivas existentes. Contudo, além dos limites supra indicados, a discricionariedade legislativa se é limitada pelos princípios gerais aplicáveis à repressão estatal, pelos fins da República Federativa do Brasil e pelos direitos fundamentais, que estabelecem diretrizes para a imputação e aplicação das sanções punitivas, sob pena de inconstitucionalidade.²³¹

Sobre os princípios comuns, aplicáveis a toda a repressão estatal, como mecanismo de contenção da discricionariedade legislativa e da irracionalidade do poder punitivo, José de Faria Costa (1986, p. 179 et seq.) aponta as diretrizes traçadas no pré-

²³¹ “El problema de la sanción administrativa y de la pena, *contemplado desde la posición del ciudadano que es sancionado o castigado*, requiere tomar en consideración lo dicho anteriormente, pues en el fondo se discute la «universalidad» de las «garantías» que se dice son comunes a la pena y a la sanción. Así lo ha entendido el TC a partir de las conocidas sentencias de 8-6-1981 y 3-10-1983. En estos fallos el TC declaró que las sanciones administrativas debían respetar las garantías penales puesto que esas sanciones eran también una manifestación del poder punitivo del Estado. Se indicaron como tales, las de rango legal de la norma sancionadora (principio de legalidad formal), respecto al derecho de defensa, con la realidad del derecho a proponer prueba y a la presunción de inocencia, y prohibición del doble castigo de un mismo hecho; incluye además, el TC, la exigencia de tutela judicial efectiva, para lo cual es precisa la posibilidad de recurrir al orden jurisdiccional. Ahora bien, los principios y garantías propios del Derecho Penal son mucho más amplios que éstos, sin dudar de su importancia, y conviene saber qué ocurre con ellos. Además, la constatación del respeto a los principios señalados por el TC no es sencilla, como podremos ver en relación con el principio *non bis in idem*.” (OLIVARES, 1991, p. 270) (Tradução livre: “O problema da sanção administrativa e da pena, *contemplado sob a perspectiva do cidadão que é sancionado ou punido*, requer que se considere o dito anteriormente, pois, no fundo, discute-se a ‘universalidade’ das ‘garantias’ comuns à pena e à sanção. Assim, o tem entendido o TCE a partir de suas sentenças de 08/06/1981 e 03/10/1983. Nessas decisões o TCE declarou que as sanções administrativas devem respeitar às garantias penais, pois essas sanções também são manifestação do poder punitivo do Estado. Foram identificados como tais, as garantias de lei formal para estabelecer sanções administrativas (princípio da legalidade formal), respeito aos direitos de defesa, com o direito à proposição de provas e a presunção de inocência, e proibição do duplo castigo em por um mesmo fato; o TCE incluiu ainda a exigência de tutela judicial efetiva, para a qual é necessária a possibilidade de recorrer a esfera jurisdiccional. Agora bem, os princípios e garantias próprios do Direito Penal são muito mais amplos que esses, sem duvidar de sua importância, e convém saber que ocorre com eles. Ademais, a observância dos princípios assinalados pelo TCE não é simples, como poderemos ver em relação ao princípio *ne bis in idem*.”).

colóquio do 14º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (1989), que refletiu sobre os “problemas jurídicos e práticos colocados pela diferença entre o direito criminal e o direito *administrativo penal*”.

As recomendações, quanto à aplicação do Direito Administrativo Sancionador, dizem respeito a princípios de direito substantivo; princípios processuais; limitações; e condições para melhor informação (FARIA COSTA, 1986, p. 179).

No referido pré-colóquio, defendeu-se a aplicação ao Direito Administrativo Sancionador dos seguintes princípios de direito substantivo: a submissão do direito administrativo sancionador e do direito penal ao princípio da estrita legalidade; a nítida separação entre o penal e o administrativo com base na própria lei; a imprescindibilidade de dolo e culpa para a responsabilidade das pessoas físicas, ainda que se admita a responsabilidade das pessoas jurídicas; a proporcionalidade entre sanção e gravidade da infração; e a aplicação ao Direito Administrativo Sancionador das causas de justificação admitidas no Direito Penal (FARIA COSTA, 1986, p. 179 et seq.).

Em relação aos princípios processuais, defendeu-se que o Direito Administrativo Sancionador deve garantir os princípios da presunção da inocência, da livre convicção do julgador, o direito do infrator a ser informado sobre a acusação, o recurso à autoridade judicial e:

[...] que, no caso de a mesma acção violar normas do direito penal e do direito penal administrativo, o delinqüente não deve ser punido duas vezes. Se se verificar prática sucessiva de infracções deve-se ter em consideração, de um modo pleno, a sanção já cominada pelo mesmo acto. (FARIA COSTA, 1986, p. 180).

Quanto às limitações, pugnou-se para que as sanções sejam razoáveis e proporcionalmente limitadas à gravidade da infração e à situação do infrator e para que sejam vedadas a privação da liberdade ou outras restrições pessoais nessa esfera, mesmo que para a garantia da execução (FARIA DA COSTA, 1986, p. 180 et seq.). Entendeu-se que “a detenção preventiva, a intromissão na correspondência, as escutas telefónicas, assim como qualquer outra restrição de gravidade equivalente para os direitos individuais, não devem ser admitidas no quadro das investigações administrativas” (FARIA COSTA, 1986, p. 181).

Por fim, no que tange às condições para melhor informação, as recomendações foram no sentido de que:

(a) os cidadãos devem ter o direito e os meios de acederem a todas as informações, dados e decisões que lhes digam respeito, à excepção da

matéria relativa à vida privada. Face à inexistência quase absoluta de trabalhos de pesquisa empíricos referentes ao específico domínio do direito penal administrativo reputa-se de primordial importância que (b) as investigações científicas (empíricas) sobre o direito penal administrativo sejam facilitadas, financiadas e encorajadas para, desse jeito, melhor se conhecer um tal domínio e sua eficácia prática. (FARIA COSTA, 1986, p. 181).

A submissão de todo o poder punitivo às garantias constitucionais impede que o Poder Legislativo as afaste ao qualificar determinado ilícito de uma forma ou de outra, ou mesmo criar **novo** tipo de ilícito.²³²

Portanto, a unidade do poder punitivo estatal consiste na existência de “cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade” (OSÓRIO, 2005, p. 153). Entender, em sentido contrário, leva à atomização da ciência jurídica em claro prejuízo aos direitos fundamentais (AFTALIÓN, 1955, p. 5). Constata-se que:

Crime e pena jamais tiveram qualquer estrutura distanciada do cenário sócio vivencial dos homens, seus únicos artífices e destinatários no plano normativo, com ou sem aprovação divina. A essência do crime não se restringe à legalidade, via contradição formal (*nullum crimen sine lege*) ou à reprovabilidade ético-normativa (*nullum crimen sine censura*). A essência do crime não reside na tipicidade, na ilicitude, na culpa, no finalismo da conduta ou em qualquer outra palavra de dicionário cujo significado se possa encontrar na objetiva universalidade da ‘natureza das coisas’. [...] A essência do crime é visivelmente circunstancial e aleatória, haja vista a interdependência de fatores ou matrizes juriferantes (lei, ideologia,

²³² “El hecho de disponer de un concepto de sanción penal material resulta necesario no sólo en el nivel de política legislativa, sino también en el de aplicación de la legislación. Ello se debe a que tanto en normativas internas como internacionales se atribuyen garantías a instituciones denominadas con términos como pena o análogos, los cuales no pueden ser definidos atendiendo al plano formal, pues se dejaría el cumplimiento de tales garantías al arbitrio de quienes tienen obligación de aplicarlas (así, por ejemplo, bastaría administrativizar una sanción para que no le fueran de aplicación las garantías establecidas para la pena). La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984 (caso Ózturk) se basa justamente en tal razonamiento para exigir las garantías del artículo 6 del Convenio de Roma a una sanción administrativa. No obstante, en la citada sentencia se parte de una equiparación entre sanción penal material y sanción punitiva que no se comparte.” (MOLINÉ, 1996, p. 135) (Tradução livre: “Disponer de um conceito material de sanção penal resulta necessário não apenas como medida de política legislativa, mas também para aplicação da legislação. Isso se deve a que, tanto em normas internas, como em normas internacionais, atribuem-se garantias a instituições denominadas com termos como pena ou análogos, os quais não podem ser definidos atendendo-se ao plano formal, pois assim deixaria o cumprimento de tais garantias ao arbítrio dos que têm a obrigação de aplicá-las (assim, por exemplo, bastaria administrativizar uma sanção para que não lhe fossem aplicáveis as garantias estabelecidas para a pena). A sentença do TEDH de 21 de fevereiro de 1984 (caso Ózturk) baseou-se justamente nesse pressuposto para exigir que as garantias do artigo 6 do Convênio de Roma fossem aplicadas a uma sanção administrativa. Não obstante, a citada decisão parte de uma equiparação entre sanção penal e sanção punitiva que não compartilhamos.”).

intérprete) em estágio de revogação recíproca ou de aliança estratégica, resolvendo-se, em substância, pela facticidade impositiva da vontade mais forte. A falha maior do penalista reside na credibilidade excessiva nos próprios métodos que utiliza no processo de identificação e interpretação da norma cabível. A pluralidade de métodos (texto, espírito, bom-senso, razão, justiça, equidade, política criminal etc.) evidencia contradição insolúvel, a implicar adesão participativa no momento da escolha. E a opção se dá, em princípio, via intuição ou sensibilidade afetiva. Na seqüência, ou como pressuposto, completa-se o esquema através da própria vontade, em havendo clima de liberdade opinativa (doutrina) ou decisória (sentença). Jamais existiu direito fora de suas reais e concretas circunstâncias históricas. (BASTOS, 2007, p. 216).

No ordenamento jurídico brasileiro, grande parte das condutas socialmente indesejáveis podem ser reprimidas na esfera penal, judicial não penal ou administrativa, de acordo com a discricionariedade legislativa.

A diversidade com que é exercido o poder punitivo apenas representa formas diferenciadas de manifestação de um só poder, submetido a princípios constitucionais que o condicionam. Em relação a esses princípios não há diversidade no regime jurídico, independentemente da instância em que se manifesta.

A limitação ao Poder Legislativo não se funda apenas em prévias determinações quanto a condutas criminalizáveis, mas na submissão de todas as punições a limitações constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais. Os princípios inerentes ao Estado de Direito são aplicáveis à repressão estatal e não apenas ao direito penal. Basta analisar que os fundamentos que levaram à inscrição desses princípios, na esfera penal, visando à racionalização do exercício do poder punitivo, são plenamente aplicáveis à esfera administrativa (REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).

O ordenamento jurídico brasileiro assegura a maior parte das recomendações propostas no pré-colóquio do 14º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal; e a CRFB/88 assegura em todas as instâncias o direito ao contraditório,²³³ o recurso ao Poder Judiciário²³⁴ e o direito à informação.²³⁵

²³³ “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²³⁴ “Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

²³⁵ “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a

Todavia, no Brasil, existem três princípios referentes à tipificação da infração administrativa e à imposição de suas sanções que não são aceitos, de forma pacífica, pela doutrina e pela jurisprudência. São elas: a proibição de *bis in idem* por prática de infrações penais e administrativas; as exigências de legalidade para tipificação das infrações administrativas e de dolo ou culpa na esfera administrativa.

De todos esses princípios, o menos analisado pela doutrina brasileira é a reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa. A teoria da autonomia e independência entre as instâncias impede o desenvolvimento, no ordenamento jurídico brasileiro, da vedação de *bis in idem*. Este estudo aborda o *ne bis in idem* por entender-se que a inexistência de distinção material entre as esferas impossibilita a reiteração do poder punitivo contra as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamentos, mesmo que em instâncias diversas.

todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal [...].” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER LEGISLATIVO QUANTO AO USO CONCOMITANTE DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA GERAL

A teoria da unidade do poder punitivo estatal levou diversos países europeus a desenvolverem – especialmente nas três últimas décadas – nova leitura da tradicional teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa.²³⁶

Ainda que se possa, com base em normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa, não é possível, ontologicamente, diferenciar, materialmente, essas infrações e sanções. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação, imposição e execução importam o exercício deste poder.

Nesse sentido, a ilicitude é única, no que tange às diversas formas de manifestação do poder punitivo, ainda que critérios diversos para a imposição da pena possam ser legalmente estabelecidos.

Com base na teoria da unidade do poder punitivo estatal, doutrina e jurisprudência de países europeus abrandaram os efeitos da tradicional teoria da autonomia e independência entre instâncias, a fim de submeter o exercício do poder punitivo na esfera administrativa a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados apenas na esfera penal.

Como já referido, em Portugal, o Decreto-lei 433, de 27/10/1982, que regula as contraordenações, garante, na esfera administrativa, a retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias de erro de tipo e erro de proibição e interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamento.

Na Espanha, a CE/1978 garante, expressamente, a anterioridade das infrações administrativas. Contudo, o TCE, ao interpretar a Constituição, ampliou essa proteção e passou a exigir, na aplicação de sanções administrativas, a tipicidade, conduta dolosa ou

²³⁶ “O que moveu e tem movido importantes juristas europeus foi e ainda é a busca de limites mais rigorosos ao Direito Sancionador e ao poder punitivo do Estado, não importa de onde venham. Não há dúvidas de que uma substancial unidade do Direito Público Punitivo situa-se na base dessas construções garantísticas. Ademais, o respeito às garantias e aos direitos constitucionais, comuns a todo o Direito Punitivo, é outro pilar desses esquemas hermenêuticos. E ainda que autores como Alejandro Nieto busquem um contraponto, alertando aos excessos e desvios, riscos de distorções, em razão da identidade própria do Direito Administrativo Sancionador, também ele, no tocante a este tema específico do *non bis in idem*, é bastante incisivo e ousado, na linha do sistema como um todo. Há, pois, preponderância importante de um pensamento vinculado à limitação do Direito Punitivo, no modelo espanhol, o que se projeta na jurisprudência e nas decisões administrativas.” (OSÓRIO, 2005, p. 367).

culposa, previsão em lei dos limites da infração e das penas. O TCE também impôs a proibição de *bis in idem* em relação a condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo (NIETO GARCÍA, 2005, p. 215). Conforme sua jurisprudência, aplicam-se, ao Direito Administrativo Sancionador, os princípios do Direito Penal com “modulações” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 164 et seq.).

Mesmo na França, país em que se desenvolveu a tradicional teoria da independência e autonomia das instâncias, a Corte Constitucional reconheceu princípios comuns à repressão estatal, que devem ser aplicados na esfera penal e na administrativa, tais como: legalidade, não retroatividade e retroatividade da norma mais benéfica, proporcionalidade, interdição de cumulação de várias sanções por uma mesma infração, independência e imparcialidade da autoridade repressiva e respeito aos direitos de defesa (DELLIS, 1997, p. 16).²³⁷

A teoria da unidade do poder punitivo é o principal fundamento para a aplicação da vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, por rejeitar que a mesma pessoa seja punida em ambas as instâncias pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento.

O TEDH, ao adotar essa teoria, mantém jurisprudência nesse sentido. Os fundamentos, utilizados por esse Tribunal para considerar abusivas sanções aplicadas simultaneamente nas esferas penal e administrativa, são o Protocolo Adicional n. 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.²³⁸ Embora os dispositivos citados se refiram expressamente ao direito penal, e o

²³⁷ No original: « Celui-ci a dégagé des textes constitutionnels un nombre de principes communs de la répression qui doivent s'appliquer non seulement aux litiges pénaux mais aussi aux affaires de répression administrative. Il s'agit, entre autres, de la légalité des délits et des peines, de la non-rétroactivité et de la rétroactivité in mitius, de la proportionnalité, de l'interdiction de cumuler plusieurs sanctions pour une seule infraction, de l'obligation pour l'autorité répressive d'être indépendante et impartiale et de respecter les droits de la défense. L'extension de ces règles en dehors des affaires pénales est réclamée par une série de décisions du Conseil constitutionnel. »

²³⁸ “[...] art. 4.1 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: ‘Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley e al procedimiento penal de ese Estado’. Si los preceptos anteriores circunscriben el *non bis in idem* al ámbito de cada Estado, la situación es parcialmente distintita en la Unión Europea. Recogiendo lo que ya viene admitiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: ‘Artículo 50. Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley’. [...] Por su parte, el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen consagra el derecho en estos términos: ‘Una persona que haya sido juzgada por sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte

Convênio de aplicação do Acordo Schengen²³⁹ limite a aplicação do *ne bis in idem* aos casos em que haja “sentença firme”, o TEDH interpretou esses dispositivos no sentido de que há vedação à dupla punição por ilícitos em sentido amplo e não apenas em relação às infrações penais.²⁴⁰

contratante’.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 20 et seq.) (Tradução Livre: “[...] art. 4.1 do Protocolo Adicional número 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos: ‘Ninguém poderá ser processado ou penalmente punido pelas jurisdições do mesmo Estado por uma infração pela qual houver sido absolvido ou condenado por sentença firme conforme a lei e o procedimento penal desse Estado’. Se os preceitos anteriores circunscrevem o *ne bis in idem* ao âmbito de cada Estado, a situação é parcialmente distinta na União Europeia. Reconhecendo o que já é admitido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe: ‘Artigo 50. *Direito a não ser acusado ou condenado penalmente duas vezes pelo mesmo delito*. Ninguém poderá ser acusado ou condenado penalmente por uma infração a respeito da qual já tenha sido absolvido ou condenado na União mediante sentença penal firme conforme a lei’. [...] Por sua parte, o art. 54 do Convênio de aplicação do Acordo de Schengen consagra o direito nestes termos: ‘Uma pessoa que tenha sido julgada por sentença firme por uma Parte contratante não poderá ser perseguida pelos mesmos fatos por outra Parte contratante’.”).

²³⁹ O Acordo de Schengen foi firmado em 14/06/1985, na cidade de mesmo nome, em Luxemburgo, entre os Governos dos Estados da União Econômica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa e tem como objetivo a supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns. Embora o espaço Schengen não se confunda com a União Europeia, o Tratado de Amsterdã, de 02/10/1997, estabeleceu como condição para integração na União Europeia a aceitação das condições estipuladas no Acordo Schengen. O texto desse acordo encontra-se disponível em: <www.europa.eu>.

²⁴⁰ “*Vid.* La STEDH de 23 de octubre de 1995 (caso Grandinger contra Austria). Un ciudadano es condenado por homicidio imprudente al provocar un accidente de tráfico con resultado de muerte bajo los efectos del alcohol. Posteriormente, la Administración lo sanciona por conducir ebrio. El Tribunal entiende que la infracción sancionada por el Código de Circulación austriaco no supone más que un aspecto del delito castigado por el Código Penal. Ambos castigos se han fundamentado en el mismo comportamiento y, en consecuencia, la sentencia concluye que se ha producido una vulneración del art. 4 del Protocolo Adicional 7 del Convenio, y otorga una indemnización al ciudadano doblemente sancionado. Por su parte, en la STEDH de 30 de mayo de 2002 (caso W.E. contra Austria), un sujeto que conduce ebrio y provoca una colisión con heridos es sancionado, primero, por conducir con tasa de alcohol en sangre superior a la permitida, y condenado, después, por las lesiones imprudentes causadas con la colisión. El Tribunal afirma que la finalidad del art. 4 es prohibir que una persona sea juzgada o condenada dos veces por el mismo aspecto de un acto criminal. Y concluye que nada distingue a este supuesto del caso Fischer, por lo que entiende lesionada la garantía *non bis in idem*. Finalmente, en la STEDH de 6 de junio de 2002 (caso Sallen contra Austria), primero se impuso al ciudadano Sallen una multa administrativa por conducir bajo los efectos del alcohol. Luego, una multa penal por causar lesiones a su acompañante con la colisión que provocó. De nuevo, el Tribunal resuelve que nada diferencia este supuesto del caso Fischer, por lo que entiende vulnerado el *non bis in idem*.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 56 et seq.) (Tradução livre: “Vide a STEDH [Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos] de 23 de outubro de 1995 (caso Grandinger contra Áustria). Um cidadão é condenado por homicídio culposo, ao provocar, sob os efeitos de álcool, um acidente de trânsito com resultado morte. Posteriormente, a Administração o sanciona por conduzir embriagado. O Tribunal entendeu que a infração sancionada pelo Código de Trânsito austríaco não supõe mais que um aspecto do crime tipificado no Código Penal. Ambas as sanções se fundaram no mesmo comportamento e, em consequência, a sentença conclui que houve vulneração do art. 4 do Protocolo Adicional 7 do Convênio e outorga uma indenização ao cidadão duplamente sancionado. Por sua parte, na STEDH de 30 de maio de 2002 (caso W.E. contra Áustria), um sujeito que conduzira embriagado e provocara uma colisão com feridos foi sancionado, primeiro, por conduzir com taxa de álcool no sangue superior à permitida, e condenado, depois, pelas lesões culposas causadas na colisão. O Tribunal afirma que a finalidade do art. 4 é proibir que uma pessoa seja julgada ou condenada duas vezes pelo mesmo aspecto de um ato penal. E conclui que nada distingue esse caso do caso Fischer, pelo que entende lesionada a garantia de *ne bis in idem*. Finalmente, na STEDH de 6 de junho de 2002 (caso Sallen contra Áustria), primeiro se impôs ao cidadão Sallen uma multa administrativa por conduzir sob os efeitos do álcool. Em seguida, uma multa penal por causar lesões a sua acompanhante com a colisão que provocou. De novo, o

Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 55 et seq.) afirma que a decisão mais representativa da jurisprudência do TEDH é a sentença de 29 de maio de 2001 (caso Franz Fischer contra Áustria). A autora relata que o indivíduo, em estado de embriaguez, atropelou, com seu veículo, um ciclista e se evadiu do local sem prestar socorro; posteriormente, o ciclista faleceu. O autor do atropelamento foi sancionado administrativamente por conduzir embriagado e, penalmente, por homicídio culposo. O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de *bis in idem*, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia também é contrária à dupla punição – penal e administrativa – da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos. Segundo a jurisprudência desse Tribunal, uma pessoa pode ser definitivamente julgada ainda que nenhum Tribunal haja se manifestado sobre os fatos objeto de reprovação e o Acordo de Schengen não subordina a aplicação do *ne bis in idem* à necessária tramitação prévia de um processo penal (JALVO, 2003, p. 183).

A teoria da autonomia e independência entre as instâncias já não tem a mesma aplicação em Portugal,²⁴¹ na Espanha²⁴² e na Itália²⁴³, pois, seja por meio de decisões das

Tribunal resolve que nada difere este caso do caso Fischer, pelo que entende vulnerado o *ne bis in idem*.”)

²⁴¹ “Art. 20. Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.” (PORTUGAL, Decreto-Lei 433, de 27/10/1982).

²⁴² “Poderosas razones, anudadas en el principio de seguridad jurídica y en el valor libertad fundamentan la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*. En el Estado constitucional de Derecho ningún poder público es ilimitado; por tanto, la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites [...]. La seguridad jurídica impone límites a la reapertura de cualquiera procedimientos sancionadores – administrativo o penal – por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de dependencia jurídica que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica (STC 147/1986). [...] La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador [...] tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.” (STC 2/2003 *apud* NIETO GARCÍA, 2005, p. 472) (Tradução livre: “Poderosas razões, ligadas ao princípio da segurança jurídica e ao valor de liberdade, fundamentam a proibição constitucional de incorrer em *bis in idem*. No Estado constitucional de Direito, nenhum poder público é ilimitado; portanto, a potestade sancionadora do Estado, como forma mais drástica de atuação dos poderes públicos sobre o cidadão, há de se sujeitar a estritos limites [...]. A segurança jurídica impõe limites a reapertura de quaisquer procedimentos sancionadores – administrativo ou penal – pelos mesmos fatos, pois a possibilidade ilimitada de reapertura ou prolongação de um procedimento sancionador

Cortes Constitucionais, seja por expressa previsão legal, nesses países, se estabeleceu a interdependência entre as instâncias penal e administrativa.

A teoria da unidade do poder punitivo questiona as bases que fundamentam a autonomia e a independência entre as instâncias e postula a aplicação ao direito administrativo sancionador de princípios inerentes à repressão estatal.

Diante da reiterada doutrina e jurisprudência brasileiras, que defendem a autonomia e independência entre as instâncias, questiona-se a existência de limites constitucionais que impeçam o uso concomitante das diversas formas de manifestação do poder punitivo estatal. Questiona-se, portanto, se o Poder Legislativo e os aplicadores do direito se encontram constitucionalmente obrigados à observância do *ne bis in idem* nas relações entre as esferas penal e administrativa. A aplicação desse princípio demanda a definição de seu conteúdo, a análise quanto à sua existência no ordenamento constitucional brasileiro e de seu âmbito de sua incidência.

Em relação à impossibilidade de reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa, embora a maior parte da doutrina estrangeira parta da indiferenciação ontológica entre os ilícitos para fundamentar a proibição de dupla punição, mesmo os autores que não adotam essa teoria, entendem o *ne bis in idem* é direito fundamental.

Na legislação brasileira, constata-se a tipificação dos mesmos fatos,

cria uma situação de dependência jurídica que, em atenção a seu caráter indefinido, é contrária à segurança jurídica (STC 147/1986). [...] A garantia material de não ser submetido a *bis in idem* sancionador [...] tem como finalidade evitar uma reação punitiva desproporcional, pois dito excesso punitivo quebra a garantia do cidadão de previsibilidade das sanções, pois a soma da pluralidade de sanções cria uma sanção jurídica alheia ao juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador e materializa a imposição de uma sanção não prevista legalmente.”)

²⁴³ “Art. 9º. Princípio di specialità: Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale. Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest’ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali. Ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni ed integrazioni, si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande.” (ITÁLIA, Lei 689, de 24/11/1981) (Tradução livre: “Art. 9º. Princípio da especialidade: Quando um mesmo fato é punido por uma disposição penal e uma disposição que prevê uma sanção administrativa, ou uma pluralidade de disposições que preveem sanções administrativas, aplica-se a disposição especial. Todavia, quando um mesmo fato é punido por uma disposição penal e uma disposição regional ou da Província Autônoma de Trento e de Bolzano que preveja uma sanção administrativa, aplica-se em cada caso a disposição penal, salvo se essa última for aplicável apenas em falta de outras disposições penais. Aos fatos punidos pelos artigos 5, 6, 9 e 13 da Lei 283, de 30 de abril de 1962, modificada pela Lei 441, de 26 de fevereiro de 1963, que disciplina a higiene dos alimentos, aplicam-se em cada caso as disposições penais em tais artigos previstos, também quando os mesmos fatos são punidos por disposições administrativas que tenham substituído disposição penal especial.”).

simultaneamente, como crimes e infrações administrativas. Em algumas hipóteses, há a simples repetição de comandos normativos com alteração das penas.²⁴⁴ Em outras, embora sejam adotados termos diversos, há identidade quanto aos sujeitos responsáveis, aos fatos puníveis e ao fundamento da punição.²⁴⁵ Se analisadas conjuntamente a legislação penal e administrativa federal, estadual e municipal, uma mesma pessoa pode ser punida não duas vezes (uma na esfera penal, outra na administrativa), mas diversas vezes pelos mesmos fatos.

Pretende-se demonstrar, portanto, que o *ne bis in idem* tem assento constitucional derivado da estrutura democrática do Estado Brasileiro e se caracteriza como direito fundamental. A CRFB/88 atribui competência ao Poder Legislativo para normatizar as condutas, prever a imposição de penalidades e escolher entre a utilização da via penal ou administrativa, mas ao utilizar uma das esferas, veda-se a outra, sob pena de violação ao *ne bis in idem*.

4.1 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

O *ne bis in idem* se origina no direito romano e, embora tenha surgido no âmbito

²⁴⁴ Nesse sentido, a Lei 9.605/98 determina que: “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/98). A lei não tipificou qualquer conduta como infração administrativa e o Poder Executivo atribuiu-se a função legislativa e expediu o Decreto 6.514/2008 com tal finalidade. A comparação das infrações administrativas, estipuladas no Regulamento, com as infrações penais demonstra a mera repetição, no Decreto, dos tipos legais constantes na Lei 9.605/98:

“Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de: I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.” (BRASIL, Decreto 6.514, de 22/07/2008).

“Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/98).

“Art. 35. Pescar em período ou local no qual a pesca seja proibida: Multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R\$ 20,00 (vinte reais), por quilo ou fração do produto da pescaria, ou por espécime quando se tratar de produto de pesca para uso ornamental.” (BRASIL, Decreto 6.514, de 22/07/2008).

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/98).

²⁴⁵ “Já no caso do direito penal econômico, as fronteiras parecem ser ainda mais frágeis, a partir do momento em que se divisam infrações criminais a coibir condutas típicas descritas de maneira idêntica em tipos de infrações administrativas. Coteje-se, para fins de verificação, os dispositivos penais dos assim chamados crimes contra a ordem econômica, presente nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/1990. As condutas aí previstas como hábeis a acarretar dano ou perigo de dano à sociedade encontram-se previstas, como infrações administrativas à ordem econômica, no corpo da Lei 8884/1994, em seus arts. 20 e 21.” (CORACINI, 2004b, p. 272).

civil e, em seu sentido processual, se desenvolveu para abranger a esfera punitiva e integrou a vertente material (SILVA, P. R.A; 2008, p. 290; TORRADO, 2008, p. 17; MAIA, 2005, p. 27).²⁴⁶ Reconheceu-se a vedação *bis in idem* durante a Idade Média, embora, nesse período, a absolvição por ausência de provas não impedisse novo processo pelos mesmos fatos (CORDI, 2008, p. 83 et seq.), devido ao suposto interesse social na punição de todas as condutas ilegais (CORDI, 2008, p. 85).

O conteúdo desse princípio foi sintetizado por Rodolfo Tigre Maia (2005, p. 27) nas seguintes palavras:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma mezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal.

A liberdade e a segurança jurídica fundamentaram a vedação de reiteração de procedimentos punitivos. Entendeu-se ainda que seria contrária ao Estado de Direito a perene situação de incerteza, que recai sobre a pessoa submetida a vários procedimentos instaurados para averiguação do mesmo fato, sujeitando-a a (tentar) provar sua inocência, diversas vezes, perante o Estado. Assim, inicialmente, reconheceu-se o *ne bis in idem* na esfera processual penal, a fim de impedir a reiteração de julgamentos penais por fatos já decididos judicialmente (TORRADO, 2008, p. 18).

Em sua **vertente processual**, “o objetivo que este princípio busca, desde suas origens, é conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou

²⁴⁶ “O aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio*, também expresso na máxima *bis de eadem re agere non licet* e atualmente manifesto pela expressão *ne bis in idem*, segundo aponta Francisco Javier de Leon Villalba em alentado estudo sobre o tema, tem sua origem no Direito Romano Clássico, quando vedava a promoção de novo júízo sobre matéria já versada judicialmente na mesma ou em diferente ação. Era, desde então, reconhecido como princípio geral do Direito, advindo como consequência lógica do caráter preclusivo do processo a partir da *litis contestatio*. Em sua origem, pode-se notar, o princípio em foco exsurge intimamente ligado à instituição da coisa julgada, encontrando, inicialmente, aplicação na processualística civil, que fora posteriormente estendida ao Direito Penal. Com efeito, no decorrer do Século XIX, o desenvolvimento do instituto da coisa julgada e do princípio *ne bis in idem* resulta na evolução desde último, que, destacando-se de sua origem eminentemente processual, assume uma vertente substancial, erigindo a impossibilidade de punir mais de uma vez um mesmo fato ilícito.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 293).

processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado” (TORRADO, 2008, p. 21, tradução livre²⁴⁷). Sob essa perspectiva, o princípio assegura “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão” (TORRADO, 2008, p. 306, tradução livre²⁴⁸).

A vertente processual desse princípio se encontra expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos (SOTOMAYOR, 2008, p. 175). Segundo Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 176), a proibição de duplo processo, independentemente da solução do litígio e de nova qualificação do ilícito, constitui o verdadeiro *ne bis in idem* processual e tem ligação direta com os efeitos negativos da coisa julgada. Nesse sentido, alguns autores sustentam que, em sua primeira manifestação, a vedação ao *bis in idem* deriva da coisa julgada, uma vez que o pronunciamento judicial firme impede a reiteração de processos punitivos relativos àqueles fatos (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474). Por sua vez, Tomás Cano Campos (2001, p. 201) defende que a coisa julgada é que se fundamenta no *ne bis in idem* e não o inverso.

Dino Carlos Caro Coria (2007, p. 319, tradução livre²⁴⁹) cita jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru que também reconhece a vedação *bis in idem*, em seu sentido processual, na relação entre as esferas penal e administrativa:

Em sua vertente processual, esse princípio significa que “ninguém pode ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos”, ou seja, que um mesmo fato não pode ser objeto de dois processos distintos ou que se iniciem dois processos com o mesmo objeto. Com isso, impede-se, por um lado, a dualidade de procedimentos (por exemplo, um de ordem administrativa e outro de ordem penal) e, por outro lado, o início de um novo processo em cada uma dessas esferas (dois processos administrativos com o mesmo objeto, por exemplo). (Sentença do Tribunal Constitucional do Peru no expediente 2050-2002-AA/TC, de 16 de abril de 2003.)

²⁴⁷ No original: “El objetivo que este principio busca, incluso desde sus orígenes, es la seguridad y certeza de la persona de que el hecho por el cual ha sido sancionado o procesado previamente, no va a ser revisado de nuevo por el Estado.”

²⁴⁸ No original: “[...] que a un mismo individuo no se le inicie un proceso cuando otro se encuentra abierto o que se vuelva a procesar a una persona que había sido procesada por el hecho en cuestión”.

²⁴⁹ No original: “En su vertiente procesal, tal principio significa que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).’ (Sentencia do Tribunal Constitucional do Peru no expediente 2050-2002-AA/TC, de 16 de abril de 2003).”

De seu aspecto eminentemente processual, o princípio evoluiu para a vertente material, segundo a qual a vedação de duplo processo impossibilita que seja aplicada mais de uma punição pelos mesmos fatos.

A vertente material do *ne bis in idem* também teve seu âmbito estendido, pois, se inicialmente, entendia-se que essa vedação se limitava à esfera penal; atualmente, defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas no interior da esfera administrativa ou da penal, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474). Pode-se afirmar então que,

O conteúdo material do *ne bis in idem* implica a interdição de múltipla sanção pelo mesmo, e, a juízo da doutrina majoritária, aplica-se quando ocorre a tríplice identidade: de sujeito, fato, e fundamento. De modo semelhante expressa o TC peruano; em sua sentença antes citada [2050-2002-AA-TC], assinala: “Em sua conformação material, o enunciado segundo o qual ‘ninguém pode ser castigado duas vezes por um mesmo fato’ expressa a impossibilidade de que recaiam duas sanções sobre o mesmo sujeito por uma mesma infração, pois tal proceder constituiria um excesso de poder sancionador, contrário às garantias próprias do Estado de Direito. Sua aplicação, pois, impede que uma pessoa seja sancionada ou castigada duas (ou mais vezes) pela mesma infração quando exista identidade de sujeito, fato e fundamento.” (CORIA, 2007, p. 315, tradução livre²⁵⁰).

O reconhecimento desse princípio nem sempre se deve à determinação expressa do Poder Legislativo ou do Poder Constituinte. Na Espanha, como será demonstrado a seguir, seu reconhecimento derivou da jurisprudência do TCE, pois a CE/1978 não o estabelece expressamente (SOTOMAYOR, 2008, p. 21).

4.2 A APLICAÇÃO DO *NE BIS IN IDEM* NA ESPANHA

Embora o *ne bis in idem* seja aplicado na relação entre as esferas penal e administrativa em âmbito internacional (MAIA, 2005, p. 29 et seq.), opta-se aqui por analisar o sistema espanhol, uma vez que a CE/1978, da mesma forma que a CRFB/88, não prevê expressamente o *ne bis in idem*, nem como princípio geral do Direito, nem como regra, nem

²⁵⁰ No original: “El contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano; en la sentencia antes citada [2050-2002-AA-TC] señala: ‘En su formulación material, el enunciado según el cual “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento’.”

como direito fundamental. Todavia, o silêncio do Constituinte não impediu o reconhecimento dessa garantia no ordenamento jurídico espanhol (SOTOMAYOR, 2008, p. 31; JALVO, 2003, p. 175).

A doutrina impulsionou a jurisprudência espanhola no sentido de efetivar garantias às pessoas submetidas ao poder punitivo, exercido pela Administração, especialmente após a promulgação da CE/1978. Contudo, as bases da mudança, ocorrida com a promulgação desta Constituição, foram doutrinas anteriores à sua promulgação, que levaram à inclusão, em seu texto, do art. 25.1, segundo o qual “ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam crime, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento” (ESPAÑA, Constituição Espanhola de 1978, tradução livre²⁵¹). A doutrina espanhola, assentada nas decisões do TCE e do TSE, sustenta que:

[...] o poder punitivo do Estado encontra-se limitado por um manto de princípios, entre os quais se encontram, claro está, o princípio *ne bis in idem* (art. 45.3), e outros mais como: os princípios de culpabilidade, tipicidade, proporcionalidade e legalidade (25.1) que devem ser respeitados no exercício do poder punitivo pela Administração. (TORRADO, 2008, p. 72, tradução livre²⁵²).

Pretende-se demonstrar, neste tópico, o processo que levou à garantia do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa na Espanha; os fundamentos jurídicos utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para efetivação desse princípio; e indicar os principais desdobramentos de sua aplicação nesse País, na relação entre as esferas penal e administrativa.

4.2.1 Da autonomia e independência à interdependência das instâncias penal e administrativa

No ordenamento jurídico espanhol, a ausência de previsão constitucional expressa dos postulados de culpabilidade, tipicidade e reserva legal, em relação à esfera administrativa,

²⁵¹ No original: “Artículo 25.1: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

²⁵² No original: “[...] la potestad sancionadora del Estado se encuentra cobijada por un manto de principios, dentro de los que se encuentran, claro está, el principio non bis in ídem (art. 45.3), y otros más como son: el de culpabilidad, tipicidad, proporcionalidad y legalidad (25.1) que deben ser respetados en el ejercicio del poder sancionador de la Administración.”

e de *ne bis in idem*, na relação entre as esferas penal e administrativa,²⁵³ não impediu que a jurisprudência os reconhecesse, com base no dispositivo constitucional que garante a anterioridade para a aplicação de sanções punitivas e em outras normas constitucionais.

A doutrina relata que o TCE foi o principal responsável pela alteração do sistema vigente anteriormente à promulgação da CE/1978, ao impor a aplicação do *ne bis in idem* para além da esfera penal, a fim de impedir a cumulação de infrações administrativas gerais e dessas com punições na esfera penal.

Antes da promulgação da CE/1978, a possibilidade de sancionar penal e administrativamente a mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamento “era totalmente factível, já que se partia da base de que cada uma dessas respostas punitivas provinha de órgãos diversos” (TORRADO, 2008, p. 348, tradução livre). Consoante a esta situação resta claro que:

[...] durante largo tempo, no Direito espanhol, existiu independência do poder sancionador da Administração em relação ao poder punitivo exercido na via judicial, tomada da doutrina francesa, do Conselho de Estado. Esta posição acarretou efeitos contrários aos protegidos pelo princípio *ne bis in idem*, pois em razão de um mesmo fato realizado por uma pessoa, poderiam concorrer, sem excluir-se, uma sanção penal e uma administrativa. Como expressa González Pérez, no período pré-constitucional, os tribunais espanhóis optavam pela aplicação do princípio de independência da ordem administrativa e da ordem penal, que tem sua origem no direito francês. (TORRADO, 2008, p. 348 et seq., tradução livre²⁵⁴).

Alejandro Nieto García (2005, p. 479 et seq.) relata que, anteriormente à CE/1978, a jurisprudência, quanto ao tema, era contraditória, pois havia decisões em ambos os sentidos. A maioria delas estabeleceu a inexistência de vedação de punição simultânea nas esferas administrativa e penal, por entender que “uma e outra são de natureza distinta”. Segundo esse autor, “antes da Constituição, a proibição de *bis in idem* era mais um *desideratum* teórico, sobre o qual a jurisprudência não era insensível, porém esta não poderia

²⁵³ Os Constituintes espanhóis produziram amplo debate quanto à inclusão da vedação de *bis in idem* no texto constitucional, de forma que o silêncio na CE/1978, quanto ao tema, decorreu de expressa opção deles (TORRADO, 2008, p. 111).

²⁵⁴ No original: “[...] durante un largo tiempo, en el Derecho español, existió independencia del poder sancionador de la Administración del poder judicial, la cual fue tomada de la doctrina francesa, del consejo de Estado. Esta posición acarreó efectos contrarios a los protegidos por el principio non bis in ídem, pues en razón de un mismo hecho realizado por una persona podían concurrir sin excluirse, una sanción penal y una administrativa. Como lo expresa, González Pérez, en el período preconstitucional los tribunales españoles optaban por la aplicación del principio de independencia del orden administrativo y del orden penal, que tiene su origen en el derecho francés.”

impor sempre, vinculada que estava, às vezes, por declarações legais terminantemente contrárias ao mesmo” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 479, tradução livre²⁵⁵).

Essa situação se alterou com a promulgação da CE/1978, “já que, se a Constituição nada disse a respeito, o TCE a interpretou em tal sentido em uma das suas primeiras sentenças”, a Sentença 2/1981 (NIETO GARCÍA, 2005, p. 480 et seq., tradução livre).

Também se alterou a tendência legislativa. Após a promulgação da CE/1978 e da afirmação pelo TCE da natureza constitucional do *ne bis in idem*, as leis passaram a reconhecê-lo expressamente, embora ainda existam leis que prescrevem a dupla punição nas esferas penal e administrativa (NIETO GARCÍA, 2005, p. 480 et seq.). Contudo, mesmo antes da CE/1978, havia leis que garantiam o *ne bis in idem*, embora sua aceitação não fosse unânime.²⁵⁶

A Sentença do Tribunal Constitucional (STC) 02/1981 foi a primeira a reconhecer a natureza constitucional do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola (SOTOMAYOR, 2008, p. 33 et seq.). Essa decisão caracterizou o *ne bis in idem* como princípio geral do direito e estabeleceu a prevalência de sua vertente material sobre a processual, ao afirmar que esse princípio impõe “que não recaia duplicidade de sanções – administrativa e penal – nos casos em que se constata a identidade de sujeito, fato e fundamento” (MOLINÉ, 1996, p. 163).²⁵⁷ Segundo Maria Lourdes Ramirez Torrado (2008, p. 350, tradução livre²⁵⁸), “com a entrada

²⁵⁵ No original: “Antes de la Constitución, la prohibición de *bis in idem* era un *desiderátum* teórico, al que desde luego no era insensible la Jurisprudencia, pero que ésta no podía siempre imponer, vinculada como estaba, a veces, por unas declaraciones legales terminantemente contrarias al mismo.”

²⁵⁶ Nesse sentido, a Lei espanhola de ordem pública – no texto introduzido pelo Real Decreto-Ley, de 25 de janeiro de 1977 – determinava que “não seriam impostas conjuntamente sanções governativas (administrativas) e sanções penais pelos mesmos fatos” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 469, tradução livre).

²⁵⁷ “En su primera sentencia sobre la cuestión, el Tribunal define el principio de *non bis in idem* de la siguiente manera: ‘El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración —relación de funcionario público, servicio público, concesionario, etc.— que justifique el ejercicio del *ius puniendi* de los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la administración’ (STC 2/1981, FJ 4).” (MOLINÉ, 1996, p. 163) (Tradução livre: “Em sua primeira sentença sobre a questão, o Tribunal define o princípio de *ne bis in idem* da seguinte maneira: ‘O princípio geral de direito conhecido por *ne bis in idem* supõe, em uma de suas mais conhecidas manifestações, que não recaiam duplicidade de sanções – penal e administrativa – nos casos em que se verifique a identidade de sujeito, fato e fundamento, sem existência de uma relação de supremacia especial da Administração – relação de servidor público, serviço público, concessionário, etc. – que justifique o exercício do poder punitivo pelos tribunais e do poder sancionador da Administração.’ (STC 2/1981, FJ 4)”).

²⁵⁸ No original “Así, con la entrada en vigor de la Constitución actual, la nueva doctrina jurisprudencial apunta a la tesis de la unidad del poder sancionador del Estado, siendo las sanciones penales y administrativas una de sus manifestaciones.”

em vigor da Constituição atual, a nova jurisprudência aponta a tese da unidade do poder punitivo do Estado, sendo as sanções penais e administrativas uma de suas manifestações”.

Parte da doutrina argumenta que os fundamentos utilizados pelo TCE para reconhecer o *ne bis in idem* entre as instâncias não foram suficientemente claros, especialmente ao se considerar que houve alteração no sistema anterior (CAMPOS, 2001, p. 192).²⁵⁹ Além das críticas quanto à fundamentação do *ne bis in idem*, parte da doutrina questiona a atuação do TCE, em reconhecer o princípio e dar-lhe assento constitucional:

A eventual constitucionalização do *ne bis in idem* não foi, pois, obra das Cortes Constituintes, mas do Tribunal Constitucional, que, uma vez mais, se irrogou a competência do legislador constituinte positivo com o objetivo de suprir as imperfeições – nesse caso esquecimento – do Parlamento. (NIETO GARCÍA, 2005, p. 482, tradução livre²⁶⁰).

Consoante a doutrina, o reconhecimento do *ne bis in idem* é resultado de constante evolução no ordenamento jurídico espanhol:

Evolução que, em qualquer caso, chegou a sua última fase com o art. 133 da PAC.²⁶¹ [...] convém adiantar aqui sua declaração essencial: “não poderão ser sancionados fatos tipificados penal ou administrativamente, nos casos em que se aprecie a identidade de sujeito, fatos e fundamentos”. E o mesmo está sucedendo com a jurisprudência, inclusive do próprio Tribunal Constitucional. (NIETO GARCÍA, 2005, p. 482, tradução livre²⁶²).

Prevalece ampla e majoritariamente, no ordenamento jurídico espanhol, a vedação

²⁵⁹ “El punto de partida del reconocimiento del non bis in ídem como principio constitucional es la sentencia constitucional 2/1981, de 30 de enero de 1981. La susodicha decisión constitucional declaró tajantemente que si bien la prohibición *bis in idem* no se encuentra de manera expresa en el texto constitucional aquella está subsumida en los artículos 14 al 30 de la carta política. [...] La falta de argumentos de peso para explicar y fundamentar el non bis in ídem por parte del intérprete constitucional no se limitó a su primera sentencia, por el contrario, es una constante en las decisiones que le han sucedido.” (TORRADO, 2008, p. 127 et seq.) (Tradução livre: “O ponto de partida do reconhecimento do *ne bis in idem* como princípio constitucional é a STC 2/1981, de 30 de janeiro de 1981. Essa decisão constitucional nitidamente declarou que, se bem a proibição de *bis in idem* não se encontra de maneira expressa no texto constitucional, está subsumida nos artigos 14 a 30 da Carta Política. [...] A falta de argumentos de peso para explicar e fundamentar o *ne bis in idem* por parte do intérprete constitucional não se limitou a sua primeira decisão, pelo contrário, é uma constante nas decisões que lhe sucederam.”).

²⁶⁰ No original: “La eventual constitucionalización del non bis in idem no ha sido, pues, obra de las Cortes Constituyentes sino del Tribunal Constitucional, quien, una vez más, se ha arrogado la facultad de legislador constituyente positivo con objeto de suplir las imperfecciones – en este caso, olvidos – del Parlamento.”

²⁶¹ Lei Espanhola 30/1992, que estabelece o regime jurídico da Administrações Públicas e do procedimento administrativo comum.

²⁶² No original: “Evolución que, en cualquier caso, ha llegado de momento a su última fase con el artículo 133 de la PAC [...] conviene adelantar aquí su declaración esencial: ‘no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hechos e fundamentos’. Y lo mismo está sucediendo con la jurisprudencia incluso con la del propio Tribunal Constitucional.”

ao *bis in idem* e os contornos de sua aplicação são estabelecidos pela jurisprudência.

Conforme expressa o TSE, em sua decisão de 24 de janeiro de 1989, o TCE, ao interpretar o art. 25.1 da CE/1978, retificou a tradicional teoria da autonomia e independência das esferas penal e administrativa, de forma que a Administração se encontra subordinada ao decidido pela jurisdição penal. Segundo essa decisão, a atividade sancionadora da Administração não se submete apenas à legalidade, à interdição de penas privativas de liberdade, à observância dos direitos de defesa, mas também à autoridade judicial. A Administração se encontra impedida de exercer o poder punitivo nos casos em que os fatos analisados possam constituir infrações penais, enquanto não houver pronunciamento da autoridade judicial sobre eles.²⁶³

4.2.2 Fundamentos da aplicação do *ne bis in idem* e da interdependência de instâncias

Conforme relatado, a aplicação do *ne bis in idem*, na relação entre as instâncias deriva de construções doutrinárias e jurisprudenciais, que recorrem a diversos fundamentos para sustentar sua constitucionalidade.

O principal fundamento utilizado pelo TCE é o **princípio da legalidade**, em sua vertente material (TORRADO, 2008, p. 159). Segundo sua jurisprudência, a dupla sanção atenta contra a certeza exigida pela vertente material desse princípio, cujo objetivo é garantir que as pessoas possam prever as consequências de suas ações com anterioridade, de forma que a sanção imposta deve ser conhecida pela pessoa previamente a sua conduta (TORRADO, 2008, p. 161; CAMPOS, 2001, p. 204 et seq.).²⁶⁴

²⁶³ No original: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional aplicando el artículo 25.1 de la Constitución, vino a rectificar la doctrina jurisprudencial tradicional de la independencia de la potestad penal y de la potestad administrativa sancionadora, sentando el principio *non bis in idem* y la subordinación de la Administración a lo decidido por el Juez Penal. La Sentencia de la Sala 5ª de este Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 resume la nueva doctrina, señalando que la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, [...] de la que es ejemplo su Sentencia n.º 77/1983, de 3 de octubre, refiriéndose a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, puntualiza que de acuerdo con el artículo 25.1 de la Constitución, estos límites no han de ser solamente el de la legalidad, el de la interdicción de las penas de privación de libertad y el respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 25, sino también el de la subordinación de los actos sancionatorios de la Administración a la Autoridad judicial que, a su vez, lleva el necesario control *a posteriori* de dichos actos mediante el oportuno recurso, y la imposibilidad de que los órganos de dicha Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989 *apud* NIETO GARCÍA, 2005, p. 483)

²⁶⁴ “Si la Administración o los Jueces, al aplicar tales normas, imponen dos o más sanciones por la comisión de una sola infracción (penal o administrativa) vulneran tanto la vertiente formal del principio de legalidad como su vertiente material. La formal o reserva de ley porque se crea una nueva sanción no prevista (al menos desde el punto de vista de su aplicación) en ley alguna para la infracción cometida. La vertiente material (tipicidad y

O TCE e o TSE também fundamentam a aplicação do *ne bis in idem* no **princípio da proporcionalidade**, reconhecido como fundamental e imanente ao Estado de Direito e ao valor de justiça estabelecido no art. 1.1 da CE/1978.²⁶⁵ Caracterizado como princípio geral do direito, vincula todos os poderes públicos a seus comandos (TORRADO, 2008, p. 175).

Com base nesse princípio, afirma-se que as “leis devem conter critérios de dosimetria punitiva que sejam referência para a atuação do julgador e que, além disso, ofereçam fatores qualitativos para que seja possível sua graduação” (TORRADO, 2008, p. 177, tradução livre²⁶⁶). A jurisprudência do TCE estabelece estreita relação entre proporcionalidade e proibição de *bis in idem* (TORRADO, 2008, p. 182).²⁶⁷

Essa jurisprudência se harmoniza com a doutrina que defende a autossuficiência

mandato de taxatividade) porque al imponerse dos o más sanciones por la comisión de una sola infracción se está vulnerando el derecho del destinatario de las normas, incluido en dicha garantía, a predecir con certeza y seguridad la responsabilidad que lleva aneja la comisión de una infracción. Esto no implica que todas las manifestaciones del *non bis in idem* formen parte o se sustenten en el principio de legalidad.” (CAMPOS, 2001, p. 210) (Tradução livre: “Se a Administração ou o Poder Judiciário, ao aplicar as normas, impõem duas ou mais sanções pelo cometimento de uma só infração (penal ou administrativa) vulneram tanto a vertente formal do princípio da legalidade, como sua vertente material. A formal ou reserva de lei porque se cria uma nova sanção não prevista (ao menos do ponto de vista de sua aplicação) em nenhuma lei para a infração cometida. A vertente material (tipicidade e mandato de taxatividade) porque ao impor duas ou mais sanções por uma só infração vulnera-se o direito do destinatário das normas, incluído nessa garantia, de determinar, com certeza e segurança, a responsabilidade derivada do cometimento de uma infração. Isso não implica que todas as manifestações do *ne bis in idem* formem parte ou se sustentem no princípio da legalidade.”).

²⁶⁵ “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (ESPAÑA, Constituição Espanhola de 1978) (Tradução livre: “A Espanha constitui um Estado social e democrático de Direito, que defende como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.”).

²⁶⁶ No original: “[...] leyes se contengan unos criterios de disimetría punitiva que sean un marco de referencia para la labor del juzgador y que, además de ello, ofrezcan unos factores cualitativos para que sea posible su graduación.”

²⁶⁷ “Dicho órgano constitucional ha declarado que cuando por un mismo suceso sobre una persona recaigan dos o más sanciones o procesos, ‘dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como ‘autosuficiente’ desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al inflingirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido’ [STC 154/1990, de 15 de octubre]. Pues, ‘en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente’ [STC 48/2007, de 12 de marzo].” (TORRADO, 2008, p. 182 et seq.) (Tradução livre: “Dito órgão constitucional declarou que, quando um por mesmo evento recaia sobre uma pessoa duas ou mais sanções ou processos, ‘dita reação deve estar em harmonia e consonância com a ação delitiva e a correspondente condenação deve ser considerada como ‘autosuficiente’ sob uma perspectiva punitiva, porque aplicar outra sanção na mesma esfera punitiva representaria a ruptura dessa proporcionalidade, uma reação excessiva do ordenamento jurídico ao infligir ao condenado uma sanção desproporcional a respeito da infração que cometeu.’ [STC 154/1990, de 15 de outubro]. Pois, ‘um excesso punitivo ofende a garantia do cidadão de previsibilidade das sanções, criando uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador e materializando a imposição de uma sanção não prevista legalmente’ [STC 48/2007, de 12 de março].”).

das sanções punitivas e que a duplicação de sanções implica reação desproporcional que gera maiores prejuízos que aqueles derivados da conduta ilícita e caracteriza manifesta causa de injustiça (TORRADO, 2008, p. 180 et seq.; CAMPOS, 2001, p. 203).

Utiliza-se também o instituto da **coisa julgada** como fundamento do *ne bis in idem* e como mecanismo de solução de concurso aparente de normas penais e administrativas. À coisa julgada são reconhecidos efeitos positivos – a decisão judicial firme determina a verdade jurídica – e negativos – a decisão transitada em julgado impede novos pronunciamentos em relação ao seu conteúdo.

Os efeitos negativos da coisa julgada impossibilitam novo julgamento sobre os mesmos fatos, pois a decisão coberta pelo instituto vincula o Poder Judiciário e a Administração. Conforme relata Maria Lourdes Ramirez Torrado (2008, p. 194 et seq.), o TCE e o TSE se manifestam no sentido de que a coisa julgada material, em sua vertente negativa, não permite que uma contenda judicial, já decidida por sentença transitada em julgado, possa ser novamente examinada. Reconhece-se estreita relação entre esse instituto e a vedação ao *bis in idem*, pois ambos resguardam a segurança jurídica (TORRADO, 2008, p. 191 et seq.).

Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 205) sustenta que a proibição de *bis in idem* e a prevalência das decisões penais em relação às administrativas fundam-se no art. 45.3 da CE/1978, que, ao tratar das infrações ao meio ambiente determina: “para os que violarem o estabelecido no dispositivo anterior, nos termos que a lei fixar, serão estabelecidas sanções penais ou, sendo o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado” (ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978, tradução livre²⁶⁸). A autora defende que a CE/1978, ao prever “sanções penais **ou**, sendo o caso, administrativas”, impossibilita a aplicação simultânea de ambos os mecanismos e que, embora a norma esteja incluída no capítulo referente ao meio ambiente, caracteriza-se como geral e aplicável a todo sistema jurídico (TORRADO, 2008, p. 14, 206).

Posição similar é defendida por Tomás Cano Campos (2001, p. 209, tradução livre²⁶⁹) que, ao interpretar o art. 25.1 da CE/1978, sustenta que:

²⁶⁸ No original: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

²⁶⁹ No original: “En efecto, la idea de que la sanción (única o plural que sea) asignada a cada ilícito expresa todo el desvalor que el ordenamiento atribuye a una determinada conducta, puede encontrar respaldo en el propio art. 25 de la CE cuando afirma que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento

Com efeito, a ideia de que a sanção (única ou plural que seja) assinalada a cada ilícito expressa todo o desvalor que o ordenamento atribui a determinada conduta, pode encontrar respaldo no próprio art. 25 da CE/1978, que afirma que ninguém pode ser sancionado por ações ou omissões que, no momento em que se produziram, não constituíssem “crime, falta ou infração administrativa”. A conjunção disjuntiva “ou” empregada nesse preceito pode ser entendida como consagração desta função excludente dos tipos, de modo que determinado comportamento (que lesione ou ponha em perigo um só bem jurídico) poderá ser incluído ou, melhor dizendo, ser sancionado, de acordo com um tipo penal “ou” com um tipo administrativo, porém nunca simultaneamente com fundamento em ambas ou várias de tais figuras (tipo penal e tipo administrativo, dois tipos penais, dois tipos administrativos).

Outros autores fundamentam o *ne bis in idem* no princípio da **segurança jurídica** e na **proibição de arbitrariedade** (SOTOMAYOR, 2008, p. 25 et seq.). Segundo essa concepção, não é admissível, no Estado de Direito, a constante ameaça de aplicação de diversas sanções pelos mesmos fatos, pois essa situação submete as pessoas a tratamento desumano (SOTOMAYOR, 2008, p. 26). Fundamenta-se, ainda, a vedação *bis in idem* na **exigência de racionalidade e interdição de arbitrariedade** dos poderes públicos, estabelecida no art. 9.3 da CE/1978²⁷⁰ (SOTOMAYOR, 2008, p. 27), e na desproporcionalidade e arbitrariedade que implica a dupla punição ou o duplo processo pelos mesmos fatos (CAMPOS, 2001, p. 202).

4.2.3 Efeitos da aplicação do *ne bis in idem*

Com base nessas explicações, passa-se a exposição dos principais efeitos da aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola.

4.2.3.1 Prevalência da esfera penal

O *ne bis in idem* exclui a possibilidade de dupla punição e processo pelos mesmos

de producirse no constituyan ‘delito, falta o infracción administrativa’. La conjunción disyuntiva «o» empleada en dicho precepto puede ser entendida como la consagración de esa función excluyente de los tipos, de modo que un determinado comportamiento (que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico) podrá ser incluido o, por mejor decir, ser sancionado con arreglo a un tipo penal ‘o’ a un tipo administrativo, pero nunca simultáneamente con arreglo a ambas o a varias de tales figuras (tipo penal y tipo administrativo, dos tipos penales, dos tipos administrativos).”

²⁷⁰ “Artículo 9. [...] 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” (ESPAÑA, Constituição Espanhola de 1978) (Tradução livre: “A Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade a interdição de arbitrariedade dos poderes públicos.”).

fatos, mas não determina a norma aplicável em caso de dupla tipificação (SOTOMAYOR, 2008, p. 83). Como o entendimento prevalecente na Espanha é de que o *ne bis in idem* se dirige exclusivamente ao aplicador das normas e não ao Poder Legislativo (TORRADO, 2008, p. 170),²⁷¹ a existência de múltiplas normas punitivas se torna constante e gera o problema da seleção da norma aplicável. Segundo Alejandro Nieto García (2005, p. 477, tradução livre²⁷²):

Tal como assinalou acertadamente Rebollo, “a rigor, o princípio *ne bis in idem* não resolve qual das normas aplicáveis deve prevalecer: só assinala que há que se eleger uma [...]. E não se constitui em critério para determinar a validade ou a derrogação de normas”. Se o verdadeiro problema, como estamos vendo, é de política legislativa, o que o Estado deve perguntar-se, quando decide reprimir um fato, é se convém tipificá-lo como crime ou como infração administrativa, já que dispõe de ambas as possibilidades, dando-se por suposto que, salvo exceções, é melhor não usá-las simultaneamente.

²⁷¹ “Vistas así las cosas, *he aquí que la cuestión de la pluralidad de sanciones se reconduce a la de la pluralidad de infracciones y, como éstas y aquéllas tienen que estar tipificadas en una norma previa, en último extremo nos encontramos en la mayor parte de los casos ante la vieja cuestión del concurso de normas.* De esta manera, el problema se eliminaría en su raíz si no existiera más que un tipo y el *non bis in idem* podría reducirse a una prohibición de pluralidad de tipos normativos de infracciones por un mismo hecho. Pero la realidad es que casi nunca se ha seguido este planteamiento en parte por inercia e incapacidad de racionalizar el Ordenamiento repressor, eliminando las duplicaciones, y en parte porque la experiencia enseña que es inevitable que un mismo hecho se encuentre conminado en ocasiones por varias sanciones. Por citar una sola sentencia al respecto, la STS de 24 de abril de 2000 (3ª, 4ª, Ar. 3817) declara que ‘el principio general de derecho *non bis in idem* [...] prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, *pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada en dos disposiciones diferentes* (debiendo distinguirse) entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma infracción en diferentes normas, pues cuando menos, en principio, ello no afecta al principio *non bis in idem*, que lo que prohíbe no es una distinta regulación y sí una doble sanción por unos mismos hechos” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 476) (Tradução livre: “Vistas assim as coisas, *a questão da pluralidade de sanções conduz à de pluralidade de infrações e, como estas e aquelas têm que estar tipificadas em uma norma prévia, em último extremo, nos encontramos, na maior parte dos casos, ante a velha questão do concurso de normas.* Desta maneira, o problema se elimina em sua raiz se não existisse mais que um tipo e o *ne bis in idem* poderia reduzir-se a uma proibição de pluralidade de tipos normativos de infrações por um mesmo fato. Porém, a realidade é que essa colocação quase nunca é seguida, em parte, por inércia e incapacidade de racionalizar o ordenamento repressor, eliminando as duplicações, e, em parte, porque a experiência ensina que é inevitável ocasiões em que a um mesmo fato sejam cominadas várias sanções. Para citar uma só sentença a respeito, a STS, de 24 de abril de 2000 declara que ‘o princípio geral de direito *ne bis in idem* [...] proíbe que uma pessoa seja sancionada duas vezes pelo mesmo fato, *porém não impede que uma mesma conduta possa estar tipificada em duas disposições diversas* (devendo-se distinguir) entre a dupla sanção pelos mesmos fatos e a previsão da mesma infração em diferentes normas, pois quando menos, em princípio, isso não afeta o princípio *ne bis in idem*, que proíbe não uma distinta regulamentação e sim a dupla sanção pelos mesmos fatos’.”).

²⁷² No original: “Tal como ha señalado acertadamente Rebollo (1989, 811), ‘en puridad, el principio *non bis in idem* no resuelve cuál de las normas aplicables debe prevalecer: sólo señala que hay que elegir una [...]. Y no se constituye en criterio para determinar la validez o la derogación de normas.’ Si el verdadero problema, como estamos viendo, es de política legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, es si conviene tipificarlo como delito o como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que, salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente.”

As hipóteses em que o mesmo fato se encontra tipificado em mais uma norma conduz ao concurso aparente de normas. Nesses casos, o TCE definiu a prevalência da ordem penal sobre a administrativa. Os fundamentos dessa decisão são o instituto da coisa julgada, presente na esfera penal, a submissão da Administração às decisões judiciais e as maiores garantias do processo penal (TORRADO, 2008, p. 353).²⁷³

A prevalência da esfera penal é garantida por um conjunto de regras, jurisprudencialmente criadas, que se resumem da seguinte forma: “se a Administração tem conhecimento de fato que possa constituir infração penal e administrativa, deve se abster de atuar e comunicar o fato à autoridade judicial”; finalizado o processo penal, com sentença condenatória, a Administração se encontra impedida de aplicar sanções administrativas pelos mesmos fatos. Contudo, se a sentença penal for absolutória, a Administração poderá continuar ou iniciar o procedimento administrativo punitivo, hipótese em que “deve respeitar a declaração de fatos provados (positivos ou negativos), realizados pelo juízo penal” (MOLINÉ, 1996, p. 164, tradução livre²⁷⁴).

Se, por um lado, a sentença penal condenatória encerra a possibilidade de atuação administrativa, por outro, a absolutória permite que a Administração inicie ou continue

²⁷³ “A mayor abundancia, y en el afán de despejar toda duda sobre la prioridad y la prevalencia del pronunciamiento penal, la STC 2/2003 emplea el argumento añadido de que la declaración de responsabilidad que se hace en el proceso penal tiene lugar en un marco de garantías que aseguran el contenido de la presunción de inocencia, mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se lleva a cabo en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada. En este sentido, recuerda el Tribunal Constitucional que la determinación fáctica realizada en sede administrativa no es suficiente para la válida acreditación de los hechos en el orden penal, habida cuenta de la menor imparcialidad de los órganos administrativos y de que éstos no valoran las pruebas con sujeción a los principios de inmediatez, oralidad y publicidad. Si bien, según señala la STC 2/2003, estas circunstancias no empañan la legitimidad del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, determinan que las resoluciones dictadas por la jurisdicción penal no puedan ceder ante las primeras.” (JALVO, 2003, p. 185) (Tradução livre: “No afã de extinguir toda dúvida sobre a prioridade e a prevalência do pronunciamento penal, a STC 2/2003 emprega o argumento aludido de que a declaração de responsabilidade que se faz no processo penal ocorre com garantias que asseguram o conteúdo da presunção de inocência, enquanto a declaração de responsabilidade por infração administrativa ocorre em procedimento em que tal direito se aplica com modulações. Neste sentido, recorda o Tribunal Constitucional que a determinação fáctica realizada em sede administrativa não é suficiente para a válida imputação dos fatos na esfera penal, tendo em vista a menor imparcialidade dos órgãos administrativos e que estes não valoram provas com sujeição aos princípios da imediação, oralidade e publicidade. Contudo, segundo assinala a STC 2/2003, se estas circunstâncias não retiram a legitimidade do exercício do poder sancionador administrativo determinam que as resoluções ditadas pela jurisdição penal não podem ceder diante das primeiras.”).

²⁷⁴ No original: “a) cuando la Administración entre en conocimiento de un hecho que constituya tanto una infracción administrativa como una infracción formalmente penal deberá abstenerse de actuar, comunicando la infracción a la autoridad judicial; b) una vez finalizado el procedimiento penal, y en caso de que no exista sentencia condenatoria, podrá intervenir mediante procedimiento administrativo; c) en el procedimiento sancionador administrativo se deberá respetar la declaración de hechos probados (positivos y negativos) realizada por el tribunal penal.”

procedimentos administrativos com o objetivo de apurar e punir os mesmos fatos (TORRADO, 2008, p. 356).

A decisão judicial que declara que os fatos estão provados é vinculante para a Administração, mas não a vincula quanto à descrição típica e à valoração jurídica desses mesmos fatos. A Administração encontra-se vinculada à decisão judicial nas hipóteses em que a sentença declara os fatos inexistentes ou se os declara provados. Neste último caso, a Administração deve partir da decisão judicial para valorar os fatos sob a perspectiva do ilícito administrativo.

Contudo, se a decisão declara que os fatos não estão provados, a Administração pode considerá-los provados, no processo administrativo, e sancioná-los administrativamente (TORRADO, 2008, p. 357 et seq.; NIETO GARCÍA, 2005, p. 489 et seq.).²⁷⁵ Registre-se, contudo, a existência de decisões judiciais que determinam a vinculação da Administração à decisão judicial, mesmo na hipótese em que essa declara os fatos não provados.²⁷⁶

A prevalência da decisão judicial penal também é criticada por parte da doutrina. Alejandro Nieto García (2005, p. 486 et seq.) afirma que os argumentos em favor da prevalência da decisão penal desconsideram a situação em que a decisão administrativa foi confirmada por decisão do contencioso administrativo. Segundo entende esse autor, a prevalência da decisão judicial baseia-se em duplo jogo de ficções: a de que a sanção

²⁷⁵ “a) si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos no puede por ellos imponer la Administración sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo, distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo; y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente”. (STS de 19 de abril de 1999 *apud* SOTOMAYOR, 2008, p. 167) (Tradução livre: “a) se o Tribunal penal declara inexistentes os fatos, a Administração não pode impor sanção alguma por eles; b) se o Tribunal declara a existência dos fatos, porém absolve por outras causas, a Administração deve tê-los em conta e, valorando-os sob a perspectiva do ilícito administrativo, distinta da penal, impor a sanção correspondente, conforme o ordenamento administrativo; e c) se o Tribunal constata simplesmente que os fatos não foram provados, a Administração pode creditá-los no expediente administrativo e, se for o caso, sancioná-los administrativamente.”).

²⁷⁶ Nesse sentido: “[...] en la STC 77/1983, de la que arranca toda esta jurisprudencia, otorgó el amparo en un caso en el que el juez penal había absuelto por no considerar suficientemente probados los hechos – realización de una llamada telefónica con la falsa alarma de haber colocado una bomba – y la Administración sancionó por considerar los mismos hechos probados. Era, pues, un supuesto de los que ahora planteamos y, sin embargo, declaró que la resolución administrativa, que no contradecía una declaración judicial de hechos probados sino de hechos no probados, vulneraba el art. 24.1. de la CE.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 169 et seq.) (Tradução livre: “[...] na STC 77/1983, de que decorre toda essa jurisprudência, foi outorgado o amparo em um caso em que o juiz penal havia absolvido por não considerar suficientemente provados os fatos – realização de uma chamada telefônica com falso alarme de bomba – e a Administração sancionou por considerar os mesmos fatos provados. Era, pois, o suposto que agora colocamos e, contudo, declarou que a decisão administrativa, que não contradisse uma declaração judicial de fatos provados, mas de fatos não provados, vulnera o art. 24.1. da CE/1978.”).

administrativa é sempre aplicada pela autoridade administrativa, e a de que o processo penal é o que melhor assegura os direitos individuais em face da arbitrariedade do Poder Executivo.

José Cid Moliné (1996, p. 165) critica a jurisprudência do TCE e do TSE por entender que, em determinadas situações, em razão da gravidade da conduta ou da pena cominada, a atuação administrativa deveria preferir à penal.

Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 184 et seq.) sustenta que a aplicação do *ne bis in idem* processual, na esfera administrativa, não tem a abrangência existente na esfera penal e propõe que seja interpretado no sentido de que a segunda decisão (administrativa) não altere o decidido anteriormente pela sentença penal, sem impedir, contudo, o duplo processo. Conforme a autora, o *ne bis in idem* não proíbe um segundo julgamento quando o primeiro é anulado ou se o segundo processo, sem alterar o primeiro, pretende apenas completá-lo, sem contradizê-lo.

A doutrina considera que não deixa de ser contraditória a impossibilidade de processar novamente a pessoa responsabilizada penalmente, cuja culpa está juridicamente confirmada, e permitir o duplo processo contra o sujeito penalmente absolvido (NIETO GARCÍA, 2005, p. 497).

A jurisprudência do TCE é no sentido de que a prevalência da instância penal é constitucionalmente determinada. Assim, mesmo o Poder Legislativo não tem competência para dispor de forma diversa, conforme decidido na STC 77/1983 (SOTOMAYOR, 2008, p. 87 et seq.). A doutrina critica essa solução por entender que ela não se baseia em diferenças entre as normas ou os processos penais e administrativos, mas tão somente na autoridade competente para aplicação das sanções punitivas e na subordinação da Administração ao Poder Judiciário (SOTOMAYOR, 2008, p. 89).

4.2.3.2 Prevalência da vertente material do *ne bis in idem*

A jurisprudência espanhola, invertendo o sistema inicial de prevalência do *ne bis in idem* processual, garante a prevalência de seu aspecto material, por entender vedada a dupla punição, mas não o duplo processo pelos mesmos fatos.

Essa alteração da sistemática tradicional é registrada pela doutrina espanhola (SOTOMAYOR, 2008, p. 23; JALVO, 2003, p. 182 et seq.). Sobre o tema, Alejandro Nieto García (2005, p. 498, tradução livre²⁷⁷) expõe que:

²⁷⁷ No original: “Para la jurisprudencia, desde luego, *no está prohibida la existencia de dos ‘pronunciamientos’*”

Para a jurisprudência, resta claro, que *não está proibida a existência de dois “pronunciamentos” sobre os mesmos fatos, mas sim de duas “sanções”*. Em consequência, a sentença absolutória não põe em marcha este mecanismo de proteção dos cidadãos. Uma posição que, em verdade, resulta formalmente irreprochável, pois, se a regra – em sua literalidade – proíbe duas *sanções*, é claro que, se um órgão não sancionou, nada impede que o faça o segundo, tendo em conta que, por definição, não se pode produzir uma superposição de sanções. Em qualquer caso, a regra encontra-se tantas vezes e tão nitidamente positivizada em leis e regulamentos que não vale a pena citar literalmente texto algum. O esquema normativo é muito simples: *a sentença penal absolutória não bloqueia as posteriores atuações administrativas sancionadoras, ainda que suas declarações sobre os fatos provados possam incidir sobre a decisão administrativa*.

Assim, o *ne bis in idem* processual não alcança, com todas as suas consequências, a esfera administrativa. Segundo a doutrina, há contradição entre as decisões que garantem o *ne bis in idem* processual e, ao mesmo tempo, negam sua aplicação à esfera administrativa, sob o argumento de que o “processo administrativo sequer tem substância suficiente para ser considerado um verdadeiro ‘procedimento sancionador’” (JALVO, 2003, p. 184).²⁷⁸

sobre los mismos hechos sino de dos ‘sanciones’. En su consecuencia, la sentencia absolutoria no pone en marcha este mecanismo de protección de los ciudadanos. Una posición que, en verdad, resulta formalmente irreprochable, puesto que, si la regla – en su letra – lo que prohíbe son dos *sanciones*, es claro que, si un órgano no ha sancionado, nada impide ya que lo haga el segundo, habida cuenta de que, por definición, no se puede producir una superposición de sanciones. En cualquier caso, la regla se encuentra tantas veces y tan tajantemente positivizada en leyes y reglamentos que no vale la pena citar literalmente texto alguno. El esquema normativo es, suma, muy sencillo: *la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras aunque sus declaraciones sobre los hechos probados pueden incidir sobre la solución administrativa.*”

²⁷⁸ “La doctrina constitucional expuesta en las líneas precedentes no deja de ser sorprendente. Ciertamente, no es predicable el efecto de cosa juzgada de las resoluciones sancionadoras administrativas ni el procedimiento administrativo sancionador es comparable sin más al proceso penal. Evidentemente, el procedimiento administrativo sancionador es mucho más sencillo o ligero que el proceso penal. Pero este hecho no autoriza a concluir sin más que el procedimiento administrativo ni siquiera tenga entidad para ser considerado como un ‘procedimiento sancionador’ a los efectos de estimar vulnerada la prohibición constitucional que nos ocupa. Si, tal como afirma el Tribunal Constitucional, la Constitución (arts. 24.2, 9.3 y 1.1) consagra el derecho a no ser sometido a más de un procedimiento sancionador (por los mismos hechos y con el mismo fundamento), no resulta lógico estimar irrelevante —desde la perspectiva de esta garantía constitucional— la tramitación de un procedimiento sancionador administrativo. Por muy loable que resulte el empeño en asegurar la prevalencia del pronunciamiento de los Tribunales penales, el argumento empleado por la STC 2/2003 resulta excesivamente artificioso. Si el propio Tribunal Constitucional parte de considerar que el procedimiento administrativo sancionador no reúne garantías comparables a las típicas del proceso penal, ¿cómo es posible sostener después que la tramitación de este procedimiento es insignificante desde el punto de vista de la prohibición constitucional de dualidad de procedimientos sancionadores?” (JALVO, 2003, p. 184) (Tradução livre: “A jurisprudência constitucional exposta nas linhas anteriores não deixa de ser surpreendente. Certamente, não há o efeito da coisa julgada nas decisões administrativas, nem o procedimento administrativo sancionador é comparável, sem mais, ao processo penal. Evidentemente, o procedimento administrativo sancionador é muito mais simples e rápido que o processo penal. Porém este fato não autoriza a concluir que o procedimento administrativo sequer tenha essência para ser considerado ‘procedimento sancionador’ para fins de considerar vulnerada a proibição constitucional que nos ocupa. Se, tal como afirma o TCE, a Constituição

Devido à prevalência das decisões penais sobre as administrativas, as autoridades administrativas devem aguardar a decisão judicial penal para se manifestarem. Contudo, conforme expõe Alejandro Nieto García (2005, p. 491), nos casos em que a sanção administrativa se adianta à condenação penal, existem decisões judiciais que definem a prevalência da sanção administrativa em razão da aplicação do critério cronológico.

Consoante a jurisprudência do TCE, a vertente processual do *ne bis in idem* implica a prevalência da decisão penal sobre a administrativa e não a proibição de novo processo. Tomás Cano Campos (2001, p. 198 et seq.) contesta essa concepção da vertente processual do princípio, por entender que a prevalência da esfera penal sobre a administrativa não caracteriza o *ne bis in idem* processual, mas regra de solução de concurso aparente entre normas penais e administrativas.²⁷⁹

Mesmo não sendo plenamente aplicada a vertente processual do *ne bis in idem*, a

(arts. 24.2, 9.3 e 1.1) consagra o direito a não ser submetido a mais de um processo sancionador (pelos mesmos fatos e com o mesmo fundamento), não resulta lógico estimar irrelevante – sob a perspectiva desta garantia constitucional – a tramitação de um procedimento sancionador administrativo. Por mui louvável que resulte o empenho em assegurar a prevalência do pronunciamento dos Tribunais penais, o argumento empregado pela STC 2/2003 resulta excessivamente artificioso. Se o próprio TCE considera que o procedimento administrativo sancionador não reúne garantias comparáveis às típicas do processo penal, como é possível sustentar depois que a tramitação deste procedimento é insignificante do ponto de vista da proibição constitucional de dualidade de procedimentos sancionadores?”).

²⁷⁹ “Junto a esta vertiente material, también se habla de una manifestación procesal del *non bis in idem*, aunque su concreto alcance y contenido no está del todo claro en la doctrina y en la jurisprudencia. Algunos autores, siguiendo la doctrina del TC, identifican esta vertiente del principio con la prevalencia de la vía penal y la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por el orden jurisdiccional penal [...]. Otros autores, sin embargo, consideran que en su vertiente procesal el *non bis in idem* lo que impide es el doble enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo que se traduce en la prohibición de que un sujeto sea sometido por su comisión a dos o más procedimientos (penales o administrativos), siempre que tales hechos lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico. Pero, más que de vertiente procesal del principio, debe hablarse aquí de contenido o manifestación del mismo, de modo que en el ámbito sancionador el principio *non bis in idem* no sólo prohibiría la dualidad de sanciones por unos mismos hechos, sino también su doble enjuiciamiento. Por su parte, la referida prevalencia de la vía penal [...] nada tiene que ver con el contenido del *non bis in idem*, por lo que no puede afirmarse que constituya una de sus manifestaciones. [...] Pero se trata, como digo, de una regla ajena o que no forma parte del principio, cuyo enunciado nada dice acerca de la norma de preferente aplicación [...]” (CAMPOS, 2001, p. 198 et seq.) (Tradução livre: “Junto a essa vertente material, também se fala de uma manifestação processual do *ne bis in idem*, mesmo que seu concreto alcance e conteúdo não estejam de todo claro na doutrina e na jurisprudência. Alguns autores, seguindo a jurisprudência do TCE, identificam esta vertente do princípio com a prevalência da esfera penal e a vinculação da Administração aos fatos declarados provados pela decisão judicial penal [...]. Outros autores, contudo, consideram que em sua vertente processual, o *ne bis in idem* impede o duplo processamento pelos mesmos fatos, que se traduz na proibição de que uma mesma pessoa seja submetida por sua conduta a dois ou mais procedimentos (penais ou administrativos), sempre que tais fatos lesionem ou ponham em perigo o mesmo bem jurídico. Porém, mais que da vertente processual do princípio, deve-se falar do conteúdo ou manifestação do mesmo, de modo que no âmbito sancionador, o princípio *ne bis in idem* não só proibiria a dualidade de sanções pelos mesmos fatos, como também o duplo processo por esses fatos. Por sua parte, a referida prevalência da esfera penal [...] nada tem a ver com o conteúdo do *ne bis in idem*, pelo que não é possível afirmar que constitua uma de suas manifestações. [...] Trata-se, como digo, de uma regra alheia ou que não forma parte do princípio, cujo enunciado nada diz acerca da norma de aplicação prioritária [...].”).

garantia de sua vertente material, no ordenamento jurídico espanhol, alterou profundamente o sistema anterior, ao vincular a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, ao impossibilitar novo processo em relação às pessoas penalmente condenadas, e ao exigir que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

4.2.3.3 Aplicação do ne bis in idem na esfera administrativa

A prevalência da esfera penal sobre a administrativa não soluciona o concurso de normas nos casos em que mais de uma norma tipifica os mesmos fatos como infração administrativa (CAMPOS, 2001, p. 212). Nesse campo, a doutrina destaca a inexistência de critério geral para eleição da norma aplicável (SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.).

Diante dessa omissão, a doutrina defende a utilização dos critérios previstos no art. 8º do Código Penal Espanhol²⁸⁰ (especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade) para solução de concurso de normas administrativas, se as autoridades competentes, para aplicação das sanções, se encontram na mesma estrutura hierárquica (NIETO GARCÍA, 2005, p. 517 et seq.). Alguns autores defendem que o uso desses critérios independe de norma expressa que os estabeleçam (SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.). Caso esses critérios não possam ser aplicados, Alejandro Nieto García (2005, p. 514) defende a aplicação dos critérios da vontade e da cronologia.

A doutrina defende a utilização dos critérios cronológico e da gravidade de sanção, no caso de autoridades diversas e submetidas a hierarquias distintas (NIETO GARCÍA, 2005, P. 517 et seq.), além da análise das regras de competência entre essas autoridades (SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.).²⁸¹

²⁸⁰ “Art. 8º. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.” (ESPAÑA, Código Penal) (Tradução livre: “Art. 8º. A aplicação de penas aos fatos puníveis com base em dois ou mais preceitos deste Código, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 73 a 77, observará as seguintes regras: 1. A disposição especial será aplicada em detrimento da geral. 2. A disposição subsidiária apenas será aplicada na ausência de disposição principal, nas hipóteses em que a subsidiariedade é expressa ou tácita. 3. O dispositivo penal mais amplo ou mais completo absorve os que castigam as infrações nele consumidas. 4. Caso os critérios anteriores não sejam aplicáveis, o preceito penal mais grave exclui o que pune o fato com sanção menor.”).

²⁸¹ “Elección de la norma aplicable cuando se trata de dos o más normas administrativas sancionadoras en concurso. No hay ninguna regla general para todos estos casos. Hay supuestos en que el concurso se producirá entre normas administrativas sancionadoras de distintos ordenamientos (estatal, autonómico y local) y que habrá que resolver conforme a las relaciones entre ordenamiento estatal, autonómico y local, sobre todo, en

Quanto ao âmbito de incidência do *ne bis in idem*, na esfera administrativa, a jurisprudência do TCE restringe sua aplicação às sanções administrativas, estas são identificadas pela finalidade repressiva.

Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 33 et seq.) leciona que, com base nesse pressuposto, são excluídas, da incidência desse princípio, medidas estatais referentes à responsabilidade civil, multas coercitivas, medidas de polícia, consequências de condenações judiciais, revogações de autorizações ou licenças, caducidade das concessões administrativas, impossibilidade de obter subvenções do Governo e perda da qualidade de servidor público. Segundo a jurisprudência espanhola, outros princípios, que regem a atividade punitiva da Administração, tais como tipicidade e culpabilidade, também não se aplicam a essas medidas, por não terem caráter repressivo (TORRADO, 2008, p. 73).

Conforme estabelecido,²⁸² não se identifica a sanção administrativa pela finalidade que ostenta, tendo em vista que essa é desconhecida. Ademais, a pena administrativa não se limita à multa, mas todas as sanções restritivas de direitos por descumprimento de obrigações legais, cuja finalidade não seja reparatória ou cautelar, são caracterizadas como pena. Assim, as chamadas medidas de polícia – se restritas à fiscalização e às medidas cautelares – não são medidas punitivas, mas as demais medidas aplicadas pela Administração, no exercício da atividade sancionadora, inserem-se no conceito de poder punitivo e a elas se aplicam os princípios regentes dessa atividade.

As cassações de licenças, rescisão de contratos administrativos por culpa dos contratados, impossibilidade de obtenção de subvenções governamentais ou a perda de cargo público, caracterizam-se como penas. A mera suspensão desses direitos – caracterizada como medida cautelar – pode afastar a aplicação do *ne bis in idem*, mas se não demonstrada a natureza cautelar dessas medidas, aplica-se a essas decisões administrativas todos os princípios limitativos do poder punitivo.

virtud del principio de competencia. Dejando esto al margen, caben distintas soluciones. La LPSPV ha optado por establecer la misma que el art. 8 del CP. Y algunos autores han defendido que, incluso sin necesidad de que se establezca así expresamente, las reglas del art. 8 del CP son aplicables.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.) (Tradução livre: “Eleição da norma aplicável quando se trata de duas ou mais normas administrativas sancionadoras em concurso. Não há nenhuma regra geral para todos estes casos. Há situações em que o concurso se produzirá entre normas sancionadoras de distintos ordenamentos (estatal, autonômico e local) e haverá de ser resolvido conforme as relações entre os ordenamentos estatal, autonômico e local, sobretudo, em virtude do princípio da competência. Deixando isso de lado, cabem distintas soluções. A LPSPV optou por estabelecer as mesmas regras do art. 8º do CP. E alguns autores defendem que, mesmo sem previsão expressa, as regras do art. 8º do CP são aplicáveis.”).

²⁸² No Capítulo 2, tópico 2.3.

A jurisprudência espanhola exclui a aplicação do *ne bis in idem* nas hipóteses em que concorrem sanções punitivas penais e sanções administrativas disciplinares, impostas no âmbito das relações especiais. Essa exceção consta na primeira decisão do TCE sobre o tema (NIETO GARCÍA, 2005, p. 503).

Embora a STC 2/1981 tenha se referido às relações de sujeição especial como se constituíssem exceção não englobada pelos pressupostos de aplicação do *ne bis in idem*, parte da doutrina sustenta que, no caso, a exceção decorre da ausência da tríplice identidade, pois o fundamento das sanções disciplinares é diverso do existente nas relações gerais.

Algumas decisões fundamentam a possibilidade de dupla punição, na diversa finalidade atribuída às penas disciplinares, pois elas são tipificadas sob perspectiva distinta, ou seja, com a intenção de proteger bens jurídicos diversos. Outras decisões se apoiam no componente ético das sanções administrativas disciplinares para sustentarem a diversidade de fundamento e, com isso, a não incidência do *ne bis in idem* (NIETO GARCÍA, 2005, p. 503 et seq.).

Conforme Alejandro Nieto García (2005, p. 504, tradução livre²⁸³), “a doutrina [...] mostra-se normalmente reticente ante a possibilidade de dupla sanção, ainda que se trate de relação de especial sujeição”. As críticas doutrinárias, quanto à inaplicabilidade do *ne bis in idem*, nas relações especiais, deve-se também à abrangência que essas relações assumem no ordenamento jurídico espanhol, pois seu conteúdo é casuisticamente estabelecido pela jurisprudência, sem que seja possível estabelecer qualquer característica comum a essa categoria (TORRADO, 2008, p. 361 et seq.).²⁸⁴

²⁸³ No original: “La doctrina, como se ve, se muestra de ordinario reticente ante la posibilidad de una doble sanción aunque medie una relación de sujeción especial.”

²⁸⁴ “Otro es el panorama nacional, en donde (a pesar de haber importado esta institución del Derecho germano) no se ha mantenido constante el contenido dentro del cual se inscriben las relaciones en su seno. Por el contrario, y tal como se abordará en este trabajo, en España esta figura posee un contenido laxo, de acuerdo con la interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional y la científica. Esta situación ha dado lugar a que en el interior de este concepto se den relaciones de la más diversa índole. Es el caso de las personas que tiene relación con el mundo de los toros, de los vinos de denominación de origen, o con el servicio de autotaxis, los promotores de vivienda, etc. Lo que sin duda ha generado graves inconvenientes a la hora de determinar el alcance exacto de esta figura. [...] La noción en si de relaciones de sujeción especial es un concepto complejo, puesto que en esta se dan cita un sinnúmero de individuos que ostentan relaciones con la Administración de diversa índole. Lo que se traduce en que no nos enfrentamos a un tipo único de vinculación, sino, por el contrario, existe una pluralidad de ellas.” (TORRADO, 2008, p. 361 et seq.) (Tradução livre: “Outro é o panorama nacional, no qual (apesar de haver importado essa instituição do Direito Alemão) não se mantém constante o conteúdo em que essas relações são inscritas. Pelo contrário, e tal como se abordará neste trabalho, na Espanha, essa figura possui conteúdo laxo, de acordo com a interpretação da jurisprudência do TCE e da doutrina. Essa situação tem dado lugar a que no interior desse conceito sejam encontradas relações das mais diversas índoles. É o caso das pessoas que têm relação com o mundo dos

Todavia, nota-se nova evolução jurisprudencial, que impõe a aplicação do *ne bis in idem* no âmbito das relações especiais. Se, inicialmente, o TCE e o TSE entendiam que a imposição da sanção em uma relação especial não ofenderia o *ne bis in idem*, ainda que a sanção tivesse por objeto fatos punidos na esfera penal, suas decisões mais recentes exigem que, além da caracterização da relação especial, se demonstre, no caso concreto, a especialidade do fundamento em relação à sanção penal (NIETO GARCÍA, 2005, p. 504).²⁸⁵

Como se vê, a aplicação do *ne bis in idem*, no sistema espanhol, não derivou da expressa previsão constitucional da interdependência entre as instâncias penal e administrativa. Pelo contrário, o TCE, com base nos princípios de legalidade material, proporcionalidade, inafastabilidade da coisa julgada e na prevalência da decisão judicial sobre os atos administrativos, garantiu sua aplicação na relação entre as esferas penal e administrativa.

Nesse país, a vertente material do princípio prevalece sobre a processual, tendo em vista que as regras de interdependência entre as esferas estão voltadas à proibição de dupla sanção pelos mesmos fatos.

A proibição de duplo processo apenas incide nos casos em que há condenação

toiros, dos vinhos de denominação de origem, com o serviço de táxis, os que promovem habitação, etc. O que, sem dúvidas, gera graves inconvenientes ao exato alcance dessa figura. [...] A própria noção de relações de especial sujeição é um conceito complexo, pois nesta se incluem um sem número de indivíduos que mantêm relações com a Administração de índoles diversas. Conclui-se que não se trata de um único tipo de vinculação, mas, pelo contrário, existe uma pluralidade delas.”)

²⁸⁵ “De manera lenta pero perceptible van recibiendo los Tribunales estos impulsos garantistas de la doctrina, que han culminado en la STC 234/1991, de 10 de diciembre, en la que se declara sin ambages que ‘*la existencia de esta relación de sujeción tampoco hasta por sí misma para justificar la dualidad de las sanciones*. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación.’ He aquí una estupenda declaración dogmática cuya operatividad se reduce notablemente cuando desde ella se quiere pasar a lo concreto, puesto que todavía sigue siendo ambigua y verbalista y en el fallo termina aceptándose la dualidad de castigo.” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 504) (Tradução livre: “De maneira lenta, porém perceptível, os Tribunais vão recebendo esses impulsos garantistas da doutrina, que culminaram com a decisão STC 234/1991, de 10 de dezembro, que declara, sem rodeios, que ‘*a existência da relação especial tampouco justifica, por si mesma, a dualidade de sanções*. De uma parte, com efeito, as chamadas relações especiais não são entre nós um âmbito em que os sujeitos quedam despojados de seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não ocorrem à margem do Direito, mas dentro dele e, portanto, também nelas têm vigência os direitos fundamentais e tampouco a respeito delas goza a Administração de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esse possa ser outorgado em termos que seriam inaceitáveis sem o suposto dessa relação especial.’ Há, aqui, uma estupenda declaração dogmática cuja operatividade se reduz notavelmente quando dela se quer passar ao caso concreto, pois ainda segue sendo ambígua e falaciosa e, de fato, acaba por aceitar a dualidade de castigo.”)

penal, pois a sentença penal absolutória não impede novo processo administrativo sobre os mesmos fatos. Mesmo nessas hipóteses, há interdependência entre as instâncias, pois a Administração deve considerar os fatos provados na esfera judicial ao promover a valoração jurídica desses fatos na esfera administrativa. A Administração deve suspender ou não iniciar o processo administrativo, enquanto perdurar o processo penal para análise do mesmo conjunto de fatos que possa caracterizar também infração administrativa.

A prevalência da esfera penal sobre a administrativa é vista por parte da doutrina como a vertente processual do *ne bis in idem*. Contudo, acertada a doutrina no sentido de que essa prevalência constitui mecanismo de solução dos concursos aparentes de normas e não manifestação desse princípio.

Na esfera administrativa, exclui-se a aplicação desse princípio em relação a medidas que não são consideradas repressivas. A aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira deve considerar que algumas das chamadas “medidas de polícia” no sistema espanhol, caracterizam, no ordenamento brasileiro, sanções punitivas, às quais devem ser aplicados os princípios inerentes ao poder punitivo estatal.

Da mesma forma, há a exclusão das relações especiais do âmbito de proteção do *ne bis in idem*, se normas penais e administrativas disciplinares são aplicáveis aos mesmos fatos. Contudo, a jurisprudência mais recente exige a demonstração da especialidade do fundamento da sanção disciplinar para que haja possibilidade de dupla sanção.

4.3 O NE BIS IN IDEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisada a aplicação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico espanhol, cabe averiguar a possibilidade de sua aplicação na ordem jurídica brasileira, tendo em vista o silêncio constitucional quanto à sua existência.

4.3.1 Contexto atual da ordem jurídica brasileira quanto à aplicação do *ne bis in idem*

A análise da existência do princípio *ne bis in idem* na ordem jurídica demanda que, inicialmente, seja explicitada sua aceitabilidade pela doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras.

4.3.1.1 A teoria da autonomia e independência de instâncias

Conquanto a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa já não tenha a mesma aceitação em diversos sistemas jurídicos, a situação vigente, no ordenamento jurídico brasileiro, é diversa. A aplicação do *ne bis in idem*, na ordem jurídica brasileira, tem limites restritos devido à autonomia e independência

reconhecida às instâncias civil, penal e administrativa.

Se quanto à instância civil sua autonomia é manifesta, devido a sua finalidade de recomposição de danos, desvinculada, portanto, de aspectos punitivos, o mesmo não se pode dizer em relação às instâncias penal e administrativa, que manifestam exercício do poder punitivo.

No Brasil, a doutrina majoritária e a jurisprudência limitam-se a repetir os termos legais que estabelecem a autonomia e a independência entre as instâncias e apresentam escassos fundamentos teóricos para essa suposta autonomia.

Um desses fundamentos é a defesa da **competência para aplicar sanções punitivas como atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo**.²⁸⁶ Entende-se que as diferenças formais, estabelecidas pelo Poder Legislativo, são suficientes para garantir autonomia a essas instâncias.²⁸⁷

A doutrina identifica o ilícito administrativo com base na autoridade competente para a imposição da sanção punitiva – autoridade esta integrante do Poder Executivo, segundo a maioria dos autores. Essa competência fundamenta a autonomia e independência das infrações e sanções administrativas em relação às penais,²⁸⁸ por entender-se que os mesmos fatos assumem “identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas” (OSÓRIO, 2005, p. 341).²⁸⁹

A caracterização do poder punitivo como atribuição intrínseca ao Poder Executivo

²⁸⁶ “No Brasil, [...] o que tem prevalecido é uma dinâmica restritiva em torno à hermenêutica do *non bis in idem*, encartada no princípio da separação de Poderes, dentro da idéia de independência das instâncias e autoridades, de autonomia das infrações e dos fundamentos do poder punitivo. Essa lógica favorecia, como já referido, em tese, a expansão dos órgãos sancionadores, na análise de um só comportamento ilícito. Ao menos teoricamente, a pluralidade de órgãos controladores reduziria as oportunidades às condutas geradoras de impunidade. Nesse contexto, resulta óbvio que a interdição ao *bis in idem* fica em grande medida esvaziada, restringida em suas potencialidades normativas mais relevantes, porque atende uma determinada concepção axiológica em torno da persecução punitiva mais severa e intensa. Assim, apenas excepcionalmente haverá a interdependência entre as instâncias, nos casos e hipóteses taxativamente contemplados na legislação processual, tal como ocorre atualmente, e ainda subordinando-se a visões estreitas e radicalmente restritivas num panorama majoritário.” (OSÓRIO, 2005, p. 372 et seq.).

²⁸⁷ E outras mais criadas pelo Poder Legislativo: eleitoral, improbidade administrativa e Tribunais de Contas.

²⁸⁸ “Com seu funcional manejo não se embaralham os ilícitos civil, administrativo e penal, porque apenas o administrativo será investigado por autoridade pública no exercício de função administrativa, por meio de um contraditório processo administrativo, e sob seu manto imposta uma sanção da mesma natureza.” (FERREIRA, D., 2009, p. 188).

²⁸⁹ “A idéia básica do *non bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato, eis uma concepção praticamente universal, que desde as origens anglo-saxônicas encontra-se presente nos ordenamentos democráticos. [...] No Brasil, a idéia preponderante sempre foi a de excluir a aplicabilidade desse princípio ao abrigo do argumento de que os fatos acabam assumindo identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além de existir independência entre as instâncias fiscalizadoras à luz da separação de poderes.” (OSÓRIO, 2005, p. 341).

decorre de teorizações sobre o poder de polícia que remontam a início e meados do século XX. Contudo, se é certo que a fiscalização constitui atividade típica do Poder Executivo, o mesmo não se pode dizer da aplicação de sanções punitivas, pois essa atividade pode ser exercida por esse Poder ou pelo Poder Judiciário.²⁹⁰ Esta é a doutrina de Marcelo Madureira Prates (2005, p. 37):

Nota-se, no entanto, que **o poder sancionador geral não pode ser considerado como um poder administrativo intrínseco, isto é, como um poder que é inerente à Administração** porque, apesar de somente ser operável com base nas leis e dentro dos limites por elas definidos, revela-se imprescindível para a consecução de sua missão perseguir os interesses públicos, e mesmo de sobrepor-los, sempre que necessário, aos interesses individuais, como é o caso, p. ex., dos poderes normativo, hierárquico, disciplinar e de polícia. **Ao invés, a atividade administrativa não ficaria em nada obstada se o poder de punir os ilícitos administrativos gerais fosse exercido pelos tribunais**, muito embora razões de oportunidade e de conveniência pudessem ser apresentadas em desfavor dessa forma organizacional. (Sem destaque no original).

Parte da doutrina sustenta a autonomia e independência entre as instâncias com base na **diferenciação ontológica das infrações e sanções** penais em relação às administrativas (CERVEIRA, 2005, p. 21 et seq.).

Contudo, não é possível distinguir materialmente as infrações ou sanções penais das administrativas. Essa distinção apenas pode ser feita com base no ordenamento jurídico, que limita determinadas sanções à esfera penal. A identificação do poder punitivo geral não parte dessas diferenciações, mas do conceito de pena.

Fábio Medina Osório (2005, p. 353 et seq.) leciona que **a tentativa de punir todas as condutas declaradas ilícitas pelo Poder Legislativo** fundamenta a manutenção do dogma da autonomia de instâncias no ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo autor afirma que não faltam doutrinadores que negam ao *ne bis in idem* o caráter de juridicidade, ao argumento de que tal norma viria a fomentar a impunidade (OSÓRIO, 2005, p. 354).

A doutrina desconsidera que a impunidade é intrínseca ao sistema punitivo, pois não há possibilidade de punição de todas as condutas ilícitas, devido à seletividade do poder

²⁹⁰ “Cremos, então, que o poder administrativo sancionador geral seja tão-somente um poder administrativo *extrínseco* e *potencial*, dado que não apenas a sua existência e o seu exercício, mas também a sua própria utilidade, dependerão sempre de prévias e expressas autorização e regulação normativa. Até porque, como já dissemos, o poder punitivo geral exercido pela Administração é, antes de tudo, uma expressão do poder punitivo estatal, cujo aparecimento, alcance e duração dependem sobretudo da discricionariedade do legislador.” (PRATES, 2005, p. 37 et seq.).

punitivo. Cabe a ponderação de Fábio Medina Osório (2005, p. 353 et seq.) no sentido de que a impunidade:

[...] não deflui de um princípio do *non bis in idem* desenvolvido e potencializado em sua plenitude, mas da má gestão pública que afeta numerosas Instituições de controle, e sobretudo, as controladas, onde os ambientes propícios à corrupção florescem com preocupante desenvoltura.

A autonomia e independência entre as instâncias, na ordem jurídica brasileira, não se resume às relações entre as esferas penal e administrativa geral. A criação de “novas instâncias” punitivas, caracterizadas por distintas autoridades, competentes para processar e punir fatos já objeto de fiscalização e de punição por outras instâncias, é sustentada por essa teoria. Admite-se, portanto, que o Poder Legislativo, ao atribuir competência punitiva a órgãos e poderes diversos, multiplique o exercício do poder punitivo estatal (OSÓRIO, 2005, p. 348).

O sistema vigente limita os efeitos constitucionais da coisa julgada, por autorizar que órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado. Ele também legitima a reiteração punitiva ao permitir que o acusado seja processado e/ou sancionado nas esferas penal e administrativa, ou, ainda, em outras “esferas”, pelos mesmos fatos e fundamento. Por fim, essa sistemática submete as pessoas a reiteradas punições administrativas pelos mesmos ilícitos, em decorrência da competência punitiva que é reconhecida a todos os entes federados sobre determinadas matérias.

A doutrina majoritária defende que os entes federados detêm competência para expedir leis (ou mesmo regulamentos) que impõem sanções punitivas em razão da competência material comum prevista no art. 23 da CRFB/88 e das competências legislativas, concorrente ou suplementar, estabelecidas nos arts. 24 e 30, II, da CRFB/88 (MASCARENHAS, 2002, p. 250 et seq.; SILVA, J., 2000, p. 483; KRELL, 2003, p. 60).

Segundo essa doutrina, um ente federado não pode aplicar a legislação administrativa de outro, sob pena de ofensa à sua autonomia. Neste contexto, defende-se que a competência comum atribuída às pessoas políticas, no art. 23 da CRFB/88, implica atribuição de competência legislativa (implícita) necessária ao exercício dessas funções, pois o exercício da fiscalização somente pode ter por base as normas expedidas pelo ente fiscalizador.

Essa construção teórica desconsidera o sistema de repartição de competências legislativas estabelecida pela CRFB/88 e permite que sejam criadas, em desfavor das pessoas submetidas a controle e punição estatal, múltiplas punições pelos mesmos fatos e fundamento.

As normas são estabelecidas sem que se considerem outras normas sobre o mesmo tema já expedidas por outros entes. Dessa forma, os mesmos fatos podem ser tipificados, com sanções de gravidade diversas, por cada ente federado que, como instância autônoma e independente, pode aplicar suas normas em concorrência com os demais. Neste contexto, as garantias de legalidade e tipicidade das infrações administrativas não permitem que a segurança jurídica seja alcançada, pois a mesma pessoa pode ser apenada por infração grave, média ou leve, em razão unicamente da sorte ou azar de ser punida por um ou outro ente federado – ou por vários.

Os notórios objetivos políticos, institucionais e jurídicos do princípio que veda o *bis in idem* não têm impedido, lamentavelmente, processos punitivos aflitivos desencadeados simultaneamente, sem preocupação com valores inerentes à segurança jurídica, à racionalidade e à coerência acusatória. E a importância desse princípio reside, precisamente, na real densificação daqueles valores nele abrigados: segurança jurídica; racionalidade; boa-fé acusatória; proporcionalidade. Tais valores reclamam densidade normativa maior do princípio em exame, diante dos problemas detectados. (OSÓRIO, 2005, p. 350).

Consoante observa Fábio Medina Osório (2005, p. 349), o sistema brasileiro busca o incremento das atuações estatais punitivas e se vale do dogma da separação de instâncias como mecanismo de legitimação da extensão do poder punitivo estatal.²⁹¹

4.3.1.2 Aspectos legislativos

A legislação vigente reafirma a autonomia e a independência entre as instâncias penal e administrativa. São diversos os dispositivos legais que estabelecem a punibilidade nessa esfera independentemente da sanção aplicada na esfera penal. A previsão expressa de reiteração ocorre, por exemplo, no CTB²⁹² e no Código de Defesa do Consumidor.²⁹³ Além

²⁹¹ “Por aí tem transitado tanto a idéia de proporcionalidade quanto, em maior medida, uma hermenêutica restrita e limitada em torno ao princípio do *non bis in idem* na jurisprudência e na doutrina brasileiras, ainda predominando o ideário ínsito à independência das instâncias como corolário da separação de Poderes, em detrimento de outras alternativas igualmente legítimas. E vale destacar que a radicalização dessa independência das instâncias tem conduzido, não raro, ao isolacionismo das instâncias, à falta de harmonia entre os Poderes e à insegurança jurídica, em muitos níveis relevantes.” (OSÓRIO, 2005, p. 349).

²⁹² “Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: [...] **§1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei.**” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro) (Sem destaque no original).

²⁹³ “Art. 56. **As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...]**”. (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor) (Sem destaque no original).

de previsões genéricas de reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa, diversas leis, ao tipificarem fato como infração administrativa, expressamente, tipificam-no também como infração criminal, como estabelece o art. 15, §3º, do Decreto-Lei 25/1937.²⁹⁴

Em outras hipóteses, as normas legais preveem instâncias punitivas, às quais são legalmente atribuída autonomia em relação às esferas civil, penal e administrativa. Nesse sentido, dispôs o art. 12 da Lei 8.429/92 que, ao estabelecer penas aplicáveis aos agentes condenados por atos de improbidade, determina que suas sanções sejam aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas”.²⁹⁵ De forma que esse dispositivo parece criar nova instância punitiva, sem qualquer relação com as existentes, e impõe a reiteração punitiva sem que se possa fundamentar a natureza diversa desta nova esfera punitiva em relação às excluídas.

Outro exemplo, que desperta dúvidas quanto à natureza das penalidades aplicáveis e em relação à cumulação com outras sanções, encontra-se no art. 5º da Lei 10.028/2000,²⁹⁶ que estabelece infrações administrativas puníveis pelos Tribunais de Contas. Segundo a jurisprudência do STF, as penalidades impostas pelos Tribunais de Contas são autônomas e independentes em relação às esferas civil,²⁹⁷ penal²⁹⁸ e administrativa disciplinar²⁹⁹.

²⁹⁴ “Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. §1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinquenta por cento do valor da coisa, que permanecerá sequestrada em garantia do pagamento, e até que êste se faça. §2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dôbro. §3º **A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, alem de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.**” (BRASIL, Decreto-Lei 25, de 30/11/1937) (Sem destaque no original).

²⁹⁵ “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: [...]” (BRASIL, Lei 8.429, de 02/06/1992) (Sem destaque no original).

²⁹⁶ “Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. §1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. §2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.” (BRASIL, Lei 10.028, de 19/10/2000).

²⁹⁷ “A existência de ação civil pública para apuração dos mesmos fatos tratados pela decisão do TCU ora atacada não elide a competência da Corte de Contas para julgar a impetrante. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do TCU para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos; há independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.” (BRASIL, STF, MS 25.880/DF).

Como decorrência da competência legislativa implícita reconhecida aos entes federados em relação aos temas enumerados no art. 23 da CRFB/88, diversas leis estaduais e municipais estabelecem punição administrativa pelos mesmos pressupostos fáticos que implicam punição penal ou administrativa federal. Cita-se, como exemplo, a(s) seguinte(s) conduta(s): “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”.

Esta(s) conduta(s) é(são) tipificada(s) como crime pela Lei 9.605/98, que sujeita o

²⁹⁸ “MANDADO DE SEGURANÇA. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. EXCEÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Sentença proferida em processo penal poderá servir de prova em processos administrativos apenas se a decisão concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria. Exceção ao princípio da independência e autonomia das instâncias administrativa e penal. 2. **Decisão judicial em sede penal incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas.** 3. Questões controvertidas a exigir dilação probatória não são suscetíveis de análise em mandado de segurança. Segurança denegada.” (BRASIL, STF, MS 23.625/DF) (Sem destaque no original).

“[...] 3. Eventual decisão do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Administração não constitui condição de punibilidade dos crimes da Lei 8.666/1993. **A relação entre a esfera de contas e a esfera judicial-penal é de independência. Essas instâncias são independentes ou autônomas, não ficando condicionadas a abertura do inquérito nem a propositura da denúncia à conclusão de um eventual processo de julgamentos de contas em qualquer Tribunal de Contas do País, inclusive o TCU.** 4. Os Tribunais de Contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do País designa por ‘controle externo’. A previsão constitucional desse aparato orgânico-funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a desadministração. Controle externo em que avulta o poder-dever de ‘julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público’ e de ‘fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município’ (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas. 5. A investigação propriamente penal, tão própria da Polícia quanto do Ministério Público, pouco tem a ver com o ‘Sistema Tribunais de Contas’, porque os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do Poder Legislativo. 6. Ordem denegada.” (BRASIL, STF, HC 103.725/DF) (Sem destaque no original).

²⁹⁹ “Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. [...] **Inexistência do ‘bis in idem’ pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias.** Não aplicação ao caso da súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado.” (BRASIL, STF, MS 22.728/PR) (Sem destaque no original).

infrator à pena de detenção de seis meses a um ano e multa.³⁰⁰ A repetição desses dizeres – acrescida do verbo coletar – é tipificada como infração administrativa pelo Decreto Federal 6.514/2005. Esta norma comina a pena de multa de R\$ 500,00 por indivíduo “de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção” e de R\$ 5.000,00 por indivíduo de espécie constante nas listas oficiais da fauna brasileira ameaçada de extinção.³⁰¹

A mesma conduta tipificada como crime pela Lei 9.605/98 é tipificada como infração administrativa pela Lei 3.647/2000, do Estado do Rio de Janeiro.³⁰² Neste caso, a sanção prevista é a multa de R\$ 500,00 por espécie, acrescida de R\$ 3.000,00 ou R\$ 5.000,00 por espécie elencada em uma das listas oficiais de animais ameaçados de extinção.³⁰³

A fim de evitar a reiteração punitiva, nas diversas esferas administrativas, a Lei 9.605/98, em seu art. 76, dispõe que “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência”.

³⁰⁰ “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção de seis meses a um ano, e multa” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998).

³⁰¹ “Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de: I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES. §1º As multas serão aplicadas em dobro se a infração for praticada com finalidade de obter vantagem pecuniária. §2º Na impossibilidade de aplicação do critério de unidade por espécime para a fixação da multa, aplicar-se-á o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por quilograma ou fração.” (BRASIL, Decreto 6.514, de 22/07/2008).

³⁰² “Art. 31 - Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade com acréscimo por exemplar excedente de: I – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por unidade de espécie constante da lista oficial de fauna brasileira ameaçada de extinção e do Anexo I do Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção-CITES; e II – R\$ 3.000,00 (três mil reais), por unidade de espécie constante da lista oficial de fauna brasileira ameaçada de extinção e do Anexo II da CITES.” (RIO DE JANEIRO, Estado do. Lei 3.467, de 14/09/2000).

³⁰³ No Município do Rio de Janeiro, a norma prevê a competência das autoridades administrativas municipais para aplicarem sanções previstas na legislação federal, estadual e municipal. Cita-se: “Art. 1º - No âmbito da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, têm competência para fiscalização e autuação: I - os Engenheiros, Arquitetos, Agrônomos, Biólogos, Engenheiros Florestais, Químicos, Geógrafos e Geólogos lotados na Coordenadoria de Controle Ambiental e nos Escritórios Técnicos Regionais-MA/ETR, desde que designados para o exercício da fiscalização ambiental, em matérias relacionadas com a área de formação profissional de seus cargos; II - o Coordenador de Controle Ambiental; III - o Gerente de Licenciamento Ambiental; IV - o Gerente de Fiscalização Ambiental; V - os Gerentes dos Escritórios Técnicos Regionais. Art. 2º - **As infrações à legislação federal, estadual e municipal, em matérias cuja competência seja da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, serão registradas em Auto de Infração, que obedecerá a modelo aprovado pela Secretaria Municipal de Fazenda.** Art. 3 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.” (RIO DE JANEIRO, Município do. Lei 2.989, de 13/01/2000) (Sem destaques no original).

Embora essa norma objetive a efetivação do *ne bis in idem*, várias críticas recaem sobre ela. Afirma-se que essa norma não estabelece direito subjetivo aos acusados, por caracterizar mera liberalidade da legislação federal, cuja aplicação não é obrigatória por outros entes federados (MASCARENHAS, 2002, p. 250). Critica-se a utilização do termo “hipótese de incidência” e afirma-se que a mesma conduta pode caracterizar ilícitos distintos em razão do bem jurídico protegido, motivo pelo qual nem sempre deve ser aplicada (MASCARENHAS, 2002, p. 250). Defende-se que sua aplicação pode gerar fraudes ao permitir que o infrator “escolha” a pena de menor gravidade, e que a autonomia para a criação de sanções decorre da CRFB/88, que, ao conferir competência comum aos entes federados, autoriza a instituição de sanções por cada um deles (MASCARENHAS, 2002, p. 250 et seq.).

Reconhece-se a interdependência entre as instâncias apenas em razão de raras situações legalmente determinadas, caracterizadas, não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos, mas como liberalidade do Poder Legislativo.

É pacífico que a sentença penal, que declara a inexistência do fato ou de sua autoria, faz coisa julgada em todas as instâncias. Longe, contudo de essa construção se ligar ao instituto da coisa julgada, essa interdependência decorre de expressa previsão legal quanto à comunicabilidade das instâncias em diversas normas.³⁰⁴

Da mesma forma, as sentenças penais absolutórias, com fundamento no exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal, irradiam efeitos a outras esferas punitivas em razão da determinação do art. 65 do Código de Processo Penal.³⁰⁵

Segundo Fábio Medina Osório (2005, p. 353), a comunicabilidade entre as instâncias decorre “de um compromisso político do sistema punitivo com os valores da coerência e da unidade do ordenamento jurídico, resguardando vetores funcionais suficientes para estancar atos ilícitos dentro destes esquemas normativos.”

A absolvição na esfera penal por ausência de provas apenas faz coisa julgada na

³⁰⁴ “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.” (BRASIL, Lei 8.112, de 11/12/90).

“Art. 935. 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, Código Civil).

“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, Código de Processo Penal).

³⁰⁵ “Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” (BRASIL, Código de Processo Penal).

esfera penal,³⁰⁶ não gera, portanto, efeitos nas demais instâncias e possibilita reiterados processos punitivos em relação aos mesmos fatos.³⁰⁷

Portanto, a legislação brasileira incorpora a teoria da independência de instâncias em modelo quase absoluto e de forma contrária aos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Essas previsões legais são incorporadas pela jurisprudência que também mantém a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, exceto se houver expressada previsão legal de comunicabilidade.

4.3.1.3 A jurisprudência do STF

A aplicação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, também é limitada pela jurisprudência do STF. Esse Tribunal já se manifestou no sentido de que a vedação *bis in idem* sequer tem acento constitucional:

[...] **A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional**, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. (BRASIL, STF, HC 80.263/SP) (Sem destaques no original).

Mesmo na esfera penal, a jurisprudência não assegura ao acusado a garantia processual do *ne bis in idem* ao admitir que o inquérito judicialmente arquivado por falta de provas possa gerar ação penal, se novas provas forem juntadas ao procedimento.³⁰⁸ Não se reconhece, mesmo na esfera penal, o *status* de coisa julgada à decisão judicial que encerra o inquérito penal.³⁰⁹

³⁰⁶ “[...] o *bis in idem* formal encontra abrigo no Código de Processo Penal, impedindo a realização de um novo julgamento do indivíduo por fato que tenha sido objeto anteriormente de sentença definitiva de mérito, qual seja, contra a qual inexistia qualquer recurso cabível. É que o ordenamento adjetivo penal coloca-se na esteira da Carta Política, cujo art. 5º, XXXVI, consagra o respeito à coisa julgada. O fenômeno processual-constitucional referenciado, em seus reflexos penais, alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas, bem como no princípio da confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos.” (MAIA, 2005, p. 57 et seq.).

³⁰⁷ “De fato, insisto, se a sentença penal absolve o réu por falta de provas para o decreto condenatório, seja quanto à existência do fato, ou porque não constituiria o fato infração penal, ou porque não houvesse prova de que o réu tivesse concorrido para a infração penal, ou apenas existisse causa que o isentasse de pena criminal, caberia a continuidade do processo administrativo ou judicial apuratório da improbidade ou infração administrativa em tese.” (OSÓRIO, 2005, p. 345).

³⁰⁸ “Súmula n. 524 do STF: Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.” (BRASIL, STF, Súmulas do STF).

³⁰⁹ “No existe acuerdo en cuanto a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: a) cuando el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda

Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na esfera administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição na esfera administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo.

As decisões do STF que aplicam a teoria da autonomia e independência entre as instâncias não explicitam seus fundamentos. Mesmo quanto aos ilícitos imputados aos servidores públicos,³¹⁰ em relação aos quais se admite a independência entre as sanções penais e administrativas disciplinares, a jurisprudência não é clara ao demonstrar os fundamentos da autonomia e independência entre as instâncias.

Pode-se afirmar que a autonomia das instâncias no Brasil é mais dogma que construção jurídica. São várias as decisões do STF no sentido da incomunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, em razão da autonomia e independência a elas atribuídas, cuja fundamentação se limita aos precedentes do Tribunal e raras são as decisões em que os fundamentos dessa autonomia são expostos.³¹¹

firme, y b) cuando el juez penal dicta auto de no ha lugar a abrir instrucción o proceso penal y éste queda firme. El caso *a* es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada.” (CORIA, 2007, p. 339) (Tradução livre: “Não existe acordo quanto a se o princípio *ne bis in idem* impede nova persecução penal nos seguintes casos: a) quando o Ministério Público decide não formular uma denúncia penal e esta decisão queda firme, e b) quando o juiz penal rejeita a denúncia e esta decisão queda firme. O caso *a* é o menos problemático. A juízo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a decisão do Ministério Público de não promover a ação penal pode ser considerada como um caso especial de coisa julgada.”).

³¹⁰ Conforme desenvolvido no Capítulo 5, tópico 5.1.3.

³¹¹ “Essa decisão, proferida com base na ausência de provas, julgou matéria penal, não impedindo a apuração e conseqüente responsabilização do impetrante em instância administrativa, conforme pacífica jurisprudência do Tribunal, que ressalva as hipóteses de inexistência material do fato ou da negativa de autoria, conforme ficou consignado no MS 21.708, julgado pelo plenário, de que fui designado redator para o acórdão.” (BRASIL, STF, MS 23.625-6/DF).

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada.” (BRASIL, STF, MS 23.188/RJ).

“Mandado de Segurança. - Não há dúvida de que são independentes as instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria. - Não aplicação ao caso do disposto nos arts. 5., LVII, e 41, PAR-2., da Constituição Federal. Mandado de segurança indeferido.” (BRASIL, STF, MS 21.545/SP).

“[...] 1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92]. 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ

A divergência em relação à jurisprudência dominante no STF é mantida pelo Ministro Marco Aurélio Mello que, com fundamento no art. 5º, LVII, da CRFB/88,³¹² defende a revisão do postulado da independência entre as esferas penal e administrativa. Em um de seus votos, o referido Ministro argui que:

Surge a problemática referente à simultaneidade dos processos administrativo e penal. O entendimento em relação à pena de demissão repousa em dois incisos do art. 117 da Lei 8.112/90, ou seja, nos incisos IX e XII [...]. O cotejo dessas normas com o Código Penal revela íntima interligação. A rigor, o inciso IX cuida da concussão, e o XII, da corrupção [...]. A identidade salta aos olhos, repercutindo, assim, na independência da responsabilidade administrativa. Isso porquanto esta última pressupõe a prática do ato, e aí afigura-se pertinente a regra segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. A culpa de que trata o preceito está ligada a ato que encerre tipo penal, como é o caso dos insertos nos incisos IX e XII do artigo 117 da Lei 8.112/90. Em síntese, configurando o procedimento do servidor ato glosado penalmente, há de aguardar-se o término da ação penal, isso sem prejuízo de possível medida acauteladora, em vista da continuidade, ou não, no serviço. Pois bem, está na dependência do julgamento da apelação interposta pelo ora Impetrante o desfecho da persecução promovida pelo Ministério Público. Destarte, procede a articulação contida na inicial deste mandado de segurança, para que se aguarde o fim do processo criminal. (BRASIL, STF, MS 21.708/DF).

É possível concluir que a teoria da independência das instâncias foi estabelecida, na jurisprudência do STF, em função processos judiciais que envolvem punições de

04.03.2005]. 3. [...] 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal. [...]” (BRASIL, STF, MS 25.880/DF).

“Pena disciplinar de demissão, corretamente capitulada, por achar-se em serviço o impetrante, quando da ocorrência da transgressão. Cerceamento de defesa não caracterizado, perante a justificada dispensa de prova testemunhal. Independência das esferas penal e administrativa. Prescrição não consumada.” (BRASIL, STF, MS 21.293/DF). Neste último acórdão, o voto do Ministro Relator aponta os fundamentos da independência e autonomia entre as instâncias nos seguintes termos: “Apregoa o Impetrante a circunstância de estar sendo processado, pelo homicídio, perante a Justiça estadual, mas a definição dessa competência, em matéria criminal, que se deduz da ocorrência, ou não, do detrimento de bens, serviços ou interesses da União, tem pressupostos não coincidentes com aqueles que serviram à capitulação da transgressão disciplinar, perante os elementos acima considerados.” Ainda no mesmo julgado, o Ministro Marco Aurélio votou pela comunicabilidade das instâncias penal e administrativa: “Há o segundo tema e creio que tenho convencimento, no Plenário, praticamente isolado. Minimizo a regra segundo a qual há independência entre as três espécies de responsabilidade – penal, civil e administrativa – quando temos coincidência entre as figuras ou pelo menos quando a da transgressão administrativa se aproxima, e se aproxima sobremaneira, da penal. Se, com a atual Carta, veio à balha preceito no qual se estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não posso, se há essa proximidade entre as duas figuras, concluir pela independência absoluta dos processos.”

³¹² “Art. 5º. [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988)

servidores públicos e com base na doutrina administrativa que defende a autonomia da esfera administrativa disciplinar em relação à esfera penal.³¹³

Contudo, a teoria da autonomia e independência da esfera administrativa disciplinar – desenvolvida com base nas relações especiais que os servidores públicos mantêm com o Estado/Administração Pública – transpuseram-se para o âmbito das relações gerais. Um acórdão do STF anterior à CRFB/88, de lavra do Ministro Rafael Mayer, explicita os fundamentos da autonomia entre as esferas penal e administrativa em relação às sanções aplicadas no âmbito das relações gerais.³¹⁴

³¹³ Como expressão dessa jurisprudência, voto do Ministro Celso Melo expõe os fundamentos apresentados pela Corte: “Também não tem fundamento a pretensão mandamental do impetrante quando, invocando a identidade dos fatos materiais subjacentes ao procedimento administrativo e à *persecutio criminis*, sustenta, para efeito de aferição da legitimidade de sua punição disciplinar, a necessidade de prévia condenação em juízo penal. Não se pode desconhecer, neste ponto, que, para fins de imposição das sanções motivadas pela ilicitude de comportamento do servidor, a instância administrativa e a instância jurisdicional revestem-se, cada qual, de indiscutível autonomia jurídica. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública. Mais do que isso, o exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito à prévia conclusão da *persecutio criminis* que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. Daí, a advertência de HELY LOPES MEIRELES (‘Direito Administração Brasileiro’ p. 414, 17ª ed., 1992, Malheiros) que, ao versar sobre o tema da responsabilidade administrativa dos agentes estatais, observa: ‘A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo à penalidade administrativa correspondente. A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal. Absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor.’ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao refletir esse magistério da doutrina, tem proclamado a autonomia das instâncias e a independência das responsabilidades emergentes da violação, pelo servidor público, dos seus deveres funcionais, enfatizando: ‘A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar conseqüências legais de três espécies: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras, quanto da Administração Pública para tomar conhecimento das últimas. Subordinar em tal caso a ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizam como serviço público e exigem seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas primeiras espécies de punições obedecem a critérios diversos, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas também diversas. Um fato pode não ser bastante grave para motivar a sanção penal, não reunir os elementos de um crime, e ser entretanto suficientemente grave para justificar uma sanção disciplinar. Se, porém, o julgado criminal negar não apenas o delito, mas o próprio fato ou a respectiva autoria, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível. No caso todavia, em que se negue apenas a inexistência de crime, isto não invalida o processo administrativo de que resultou a demissão do funcionário.’ (RT 227/586, rel. Min. Luiz Gallotti.). [...] Vê-se, desse modo, que as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em conseqüência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Esse entendimento da matéria, como já assinalado, tem prevalecido ao longo da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 71/761, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, RTJ 41/499, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI), tendo sido reafirmado, inclusive, sob a égide do vigente ordenamento constitucional [...]” (BRASIL, STF, MS 21.029/DF).

³¹⁴ “Direção de veículo sem habilitação. Contravenção (art. 32 da Lei de Contravenções). Ilícito Administrativo

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente punido pela mesma conduta – dirigir veículo sem habilitação – na esfera administrativa (art. 89, I, da Lei 5108/66 – Código de Trânsito revogado) e na penal (art. 32 da Lei das Contravenções Penais), que foi denegado por se entender que há diversidade na:

[...] natureza e objetividade jurídica das normas que sancionam a mesma conduta, em um e outro fundamento legal, não importando até mesmo a sua simultânea aplicabilidade em *bis in idem*, pois enquanto a multa prevista na lei de trânsito tem a ver com o exercício do poder de polícia administrativa, que se cumpre no âmbito da Administração, a multa contravencional tem o verdadeiro caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, em repressão contra a conduta voluntária que põe em perigo o bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja a incolumidade pública. São normas, portanto, que não se conflitam e, de conseguinte, não interferem para efeito de revogabilidade. (BRASIL, STF, HC 62.196/MG).

Nesse sentido, a decisão fundamenta a autonomia entre as instâncias na competência da autoridade para imposição da sanção. Essa decisão desconsidera que a comparação entre as sanções penais e administrativas não demonstra ou identifica natureza ou finalidade para as sanções administrativas diversa das sanções penais.

4.3.1.4 Críticas à teoria da autonomia e independência de instâncias

Questiona-se a teoria da autonomia e independência entre as instâncias, tendo em vista que a legislação vigente aproxima as relações entre elas.³¹⁵ Cita-se, como exemplo, os crimes contra a ordem tributária em que se exige, para o início da ação penal, a configuração do débito tributário pelo lançamento definitivo; portanto, nesses casos, a condenação em processo administrativo torna-se requisito de justa causa para a ação penal.³¹⁶ Existem,

(art. 89, I do CNT). Inocorrência de incompatibilidade e de conseqüente revogação. Enquanto a multa prevista no art. 89, I, do CNT tem caráter administrativo e é aplicada pela Administração como manifestação do exercício do seu poder de polícia, a multa prevista no art. 32 da Lei das Contravenções tem caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, como repressão à conduta de perigo à incolumidade pública. Bem jurídico protegido pela lei penal, sem que entre ambas as normas ocorra incompatibilidade causante de revogação nem de sua aplicabilidade resulte *bis in idem*. Habeas Corpus denegado.” (BRASIL, STF, HC 62.196/MG).

³¹⁵ “Observe-se, ainda, a conseqüência penal traduzida na inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, eis que esta inabilitação é uma medida de cunho administrativo, uma sanção genuinamente administrativa que passa a ser imposta e contemplada numa sentença penal condenatória. Quer-se dizer que há sanções administrativas que integram as conseqüências das sentenças penais condenatórias. Isto não as torna sanções penais, mas revela uma interdependência entre as instâncias e uma certa maleabilidade do Judiciário para aplicar sanções não penais no bojo de sentenças penais condenatórias.” (OSÓRIO, 2005, p. 347).

³¹⁶ “I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da

todavia, decisões no sentido de que a conclusão do processo administrativo depende das circunstâncias do caso, pois não é uma imposição constitucional.³¹⁷

A teoria da autonomia e independência entre as instâncias não se mostra compatível com o modelo de Estado de Direito, pois gera insegurança jurídica,³¹⁸ com a multiplicação de esferas punitivas em relação aos mesmos acusados pelo mesmo ilícito, desconsidera a autoridade da coisa julgada, e a unidade do poder punitivo estatal.

O princípio da separação de poderes firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder. Sua utilização, para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual esse princípio foi concebido.

O Estado se apresenta, perante as pessoas, como instituição una, e suas divisões internas visam a garantir funcionalidade estatal e proteção de direitos fundamentais mediante o controle de arbitrariedades. Entender que, devido à separação de poderes é possível onerar as pessoas submetidas à ordem jurídica, é subverter a lógica desse princípio. É necessário ter em mente que:

prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), **falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.** 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.” (BRASIL, STF, HC 81.611/DF) (Sem destaques no original).

No mesmo sentido: BRASIL, STF, HC 85.185/SP.

³¹⁷ “[...] Caso a caso, é preciso perquirir a necessidade de esgotamento do processo administrativo-fiscal para iniciar-se a persecução criminal. Vale notar que, no tocante aos crimes tributários, a ordem jurídica constitucional não prevê a fase administrativa para ter-se a judicialização. CRIME TRIBUTÁRIO – JUSTA CAUSA. Surge a configurar a existência de justa causa situação concreta em que o Ministério Público haja atuado a partir de provocação da Receita Federal tendo em conta auto de infração relativa à sonegação de informações tributárias a desaguarem em débito do contribuinte.” (BRASIL, STF, HC 108.037/ES.).

³¹⁸ “Teoricamente, não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, correta conforme o Direito, na esfera administrativa, em determinados domínios especializados e idôneos e, ao mesmo tempo, ver-se acusado da prática de crimes em razão de supostas transgressões às mesmas normas que noutra terreno se diz que foram cumpridas integralmente. [...] Se o sujeito agiu ao abrigo da licitude, na esfera administrativa, não pode, pelos mesmos fatos, ser censurado por suposto cumprimento de deveres legais, quando o tipo sancionador está integrado por elementos provenientes da ilicitude administrativa ou quando haja condições objetivas de punibilidade ou de legitimação da ação sancionadora.” (OSÓRIO, 2005, p. 343 et seq.).

[...] os órgãos constituem uma faceta unitária do Estado. O cliente do Estado é sempre o mesmo: o conjunto de cidadãos. A partir da unidade do ordenamento jurídico-constitucional, onde a divisão de poderes políticos se dá num plano harmônico e integrado, não se deve estimular a fragmentação irracional do poder punitivo do Estado. Essa é a base constitucional do *non bis in idem*, que passa a encontrar outros fundamentos e finalidades. Na divisão de Poderes políticos, o Estado ostenta sua identidade unitária. A mera repartição de competências ou a fragmentação estatal em instituições e corporações não constituem óbices à identidade unitária do Estado. É nessa identidade que se recolhem os subsídios para a construção de um Direito Punitivo coerente, justo, racional e proporcional, o que se torna possível através de variadas ferramentas jurídicas, incluindo-se a vedação ao *bis in idem*, com suas variantes materiais e processuais. (OSÓRIO, 2005, p. 379).

Atualmente, parte da doutrina relativiza o princípio da independência entre as instâncias punitivas, com base na teoria da unidade do poder punitivo estatal (OSÓRIO, 2005, p. 343),³¹⁹ pois reconhece-se como atividades intrínsecas ao Poder Executivo apenas a fiscalização e a aplicação de medidas cautelares.

A imposição de sanção punitiva caracteriza-se como atividade vinculada; motivo pelo qual se rejeita a discricionariedade em sua aplicação. Da mesma forma, não se admite a possibilidade de múltiplas tipificações do mesmo fato, nem a teoria da inaplicabilidade da legislação de outros entes. E, tendo em vista a natureza vinculada do ato que impõe sanções punitivas, admite-se a aplicação direta da sanção administrativa adequada pelo Poder Judiciário, quando da revisão jurisdicional dos atos administrativos.

4.3.2 O *ne bis in idem* como direito fundamental

É necessário rever os pressupostos em que está assentada a potestade punitiva exercida pela Administração Pública brasileira. Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros adotaram a teoria da unidade do poder punitivo como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais nas diversas formas pelas quais se manifesta esse poder. No Brasil, a teoria da autonomia e independência entre as instâncias dificulta o reconhecimento de alguns direitos

³¹⁹ “A rigor, não se vislumbra qualquer razão convincente para justificar a aplicação isolada do *ne bis in idem*, de forma estanque, nos limites usualmente aceitos para cada um dos ramos do Direito em que se manifeste a potestade punitiva do Estado. Doutra margem, vários e robustos fundamentos determinam a sua abarcante permeabilidade aos diversos ramos do Direito nos quais se vislumbra a possibilidade de uma manifestação do poder sancionador estatal. Com efeito, sua aplicação unívoca, simultânea e universal às normas jurídicas sancionadoras independentemente de sua espécie ou natureza, revela-se imperativa para se evitarem punições excessivas, desproporcionais, inadequadas e desnecessárias. Essa conclusão prevaleceu em diversos ordenamentos jurídicos, tendo-se neles erigido diferentes soluções impeditivas à cumulação de sanções com idêntica função preponderante.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 297).

na esfera administrativa.

A coisa julgada, que visa à garantia das pessoas em face do exercício do poder punitivo, torna insustentável a completa autonomia e independência entre as instâncias em que se manifesta o poder punitivo. A autonomia das instâncias penal e administrativa não se sustenta no modelo de Estado de Direito constitucionalmente estabelecido, visto que ela se mantém a custo do cerceamento, nas esferas administrativa e judicial, de direitos fundamentais. Nesse sentido, a manifestação de Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 273):

Mencione-se, ainda, no que toca ao último modelo apresentado, que previsão de sanção administrativa para a mesma conduta à qual se impõe pena criminal configura *bis in idem*, inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Ora, o fato é que, fiel à assistemática, ao casuísmo legislativo, às meras e intermináveis boas intenções, o legislador não estabelece um critério específico para o tratamento das infrações legislativas, previstas em leis esparsas. Assim é que não se pode aceitar a duplicidade de instâncias a apreciar o *mesmo* fato típico, pois isso significa ignorar em absoluto os caracteres subsidiários e de *ultima ratio* que devem assistir à norma penal.

4.3.2.1 A teoria da unidade do poder punitivo

A vedação de *bis in idem* é decorrência lógica do reconhecimento de que o poder punitivo, exercido pela Administração, integra o poder punitivo estatal, tendo em vista a inexistência de critérios materiais que justifiquem a autonomia das diversas formas de punição estatal.³²⁰

Como as penas aplicadas pela Administração não se justificam autonomamente em relação àquelas aplicadas pelo Poder Judiciário, as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*.

Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 30) sustenta que o reconhecimento da atividade punitiva, exercida pela Administração, como integrante do poder punitivo estatal é

³²⁰ “A mi entender, con todo, en este punto como en los demás del Derecho Administrativo Sancionador, la cuestión debatida está en función de la idea que se tenga de la unidad – o diversidad – ‘ontológica’ de los ilícitos y de sus sanciones. Porque es claro que quienes afirman dicha unidad han de aceptar, como un corolario de ella, la prohibición del *bis in idem*; mientras que quienes la niegan pueden aceptar sin graves dificultades la compatibilidad de sanciones que son diferentes por naturaleza.” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 473 et seq.) (Tradução livre: “No meu entender, contudo, neste ponto, como nos demais do Direito Administrativo Sancionador, a questão debatida está em função da ideia que se tenha da unidade – ou diversidade – ‘ontológica’ dos ilícitos e de suas sanções. Porque é claro que aqueles que afirmam a dita unidade hão de aceitar, como corolário dela, a proibição de *bis in idem*, enquanto aqueles que a negam podem aceitar, sem maiores dificuldades, a compatibilidade de sanções que são diferentes por natureza.”).

fundamento suficiente para outorgar ao *ne bis in idem* o *status* garantia constitucional.³²¹

A teoria da unidade do poder punitivo estatal considera que essas instâncias são interdependentes.³²² A atribuição do poder punitivo a órgãos diversos da estrutura estatal não o desqualifica como o que ele realmente é: punição por ofensa às prescrições inscritas na ordem jurídica. Do ponto de vista constitucional, sua reiteração é desproporcional, ainda que legislativamente prevista, pois utiliza-se o mesmo mecanismo, diversas vezes, contra a mesma pessoa, pelos mesmos motivos.

No Brasil, Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 304) leciona que as sanções aplicadas nos diversos ramos jurídicos – desde que manifesta sua natureza punitiva – integram um fenômeno deontologicamente unitário e global:

Por certo, sem prejuízo da validade e pertinência dos argumentos supradestacados, muito além do primado da proporcionalidade, a exigência de racionalidade sistêmica e conexão lógica entre as diferentes manifestações repressivas do Estado, outros robustos fundamentos do abrangente alcance da aplicação do princípio *ne bis in idem*, abarcando sanções didaticamente situadas em diferentes ramos da ciência jurídica, são: I) a unicidade interna sistêmica do Direito, que conduz, de forma indesejável, à conclusão de ser a repressão jurídica um fenômeno deontologicamente global, unitário e onicompreensivo; e II) a identidade estrutural, substantiva e teleológica entre as sanções que desempenham idêntica função, independentemente de sua natureza jurídica.

³²¹ “Naturalmente, la preocupación por impedir la imposición de penas y sanciones sólo surge cuando se parte de que ambas tienen la misma naturaleza punitiva y son manifestaciones del mismo *ius puniendi* estatal. Esto es, cuando se sostiene su identidad ontológica. Y, así, se consagra que una y otra son, igualmente, males que se imponen al infractor como castigos por el reproche que merece la comisión culpable de un ilícito tipificado como tal por una ley. Por tanto, es la identidad substancial entre las sanciones administrativas y las penas judiciales – entre las infracciones administrativas y los delitos – la que fundamenta el *non bis in idem* y la que sirve para otorgar rango constitucional a esta garantía.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 30) (Tradução livre: “Naturalmente, a preocupação de impedir a imposição de penas e sanções só surge quando se parte de que ambas têm a mesma natureza punitiva e são manifestações do mesmo poder punitivo estatal. Isto é, quando se sustenta sua identidade ontológica. E, assim, consagra-se que uma e outra são, igualmente, males impostos ao infrator como castigos pela reprovação que merece a prática culpável de ilícito tipificado como tal por uma lei. Portanto, é a identidade substancial entre as sanções administrativas e as penas judiciais – entre as infrações administrativas e os crimes – que fundamenta o *ne bis in idem* e que serve para outorgar *status* constitucional a esta garantia.”).

³²² “Portanto, ainda que exista mais de uma norma sancionadora aplicável a um único ilícito, independentemente de sua natureza jurídica ou instância punitiva (se administrativa ou judicial), se as sanções nelas prescritas forem destinadas a exercer a mesma função preponderante, seja ela punitiva ou ressarcitória, não poderá ocorrer cumulação. [...] A cumulação de sanções repressivas, por sua vez, também não supera o crivo imposto pelo princípio do *ne bis in idem*, porquanto a duplicidade (ou multiplicidade) de manifestações das potestades punitivas do Estado, sejam administrativas e/ou judiciais, em decorrência da prática de um mesmo ilícito, subsumível a diferentes normas punitivas de idêntica ou diferente natureza jurídica, inegavelmente enseja uma plúrima valorização e punição de um único fato reprochável.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 304 et seq.).

Assim, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública não é vedada, todavia, como seu exercício caracteriza ônus impostos às pessoas pelo descumprimento de obrigações legais, não pode ocorrer simultaneamente com o exercício do mesmo poder por outros órgãos estatais.

A lógica do exercício das competências estatais ocorre de forma diversa em razão de sua característica intrínseca. Se a atuação do Estado amplia direitos, o exercício simultâneo, por diversos órgãos do Estado, é, não apenas permitido, como constitucionalmente determinado. Diferentemente ocorre com o poder punitivo, cujo exercício se caracteriza pela imposição da pena. Assim, a imposição constitucional de efetivação dos direitos fundamentais limita o exercício do poder punitivo: tendo em vista que esse poder se caracteriza pela restrição a direitos, a CRFB/88 impõe que as normas que o regulam sejam interpretadas em favor das pessoas submetidas ao controle estatal e não de sua ampliação.

A regulação de condutas das pessoas submetidas à ordem jurídica e a imposição de sanções punitivas também são manifestações do poder político pelo Estado. O poder político consiste, especialmente, no controle do exercício de outras formas de poder e do próprio poder político pelos grupos sociais e diz respeito à organização do Estado e ao uso legítimo da força para impor suas normas.

As esferas penal e administrativa têm finalidade e natureza comuns. Mas não só: com exceção da pena privativa de liberdade, da extinção de associações e da cassação de direitos políticos, as restrições impostas como penas são as mesmas em ambas as esferas. As instâncias são diferenciadas pela restrição à aplicação de determinados direitos fundamentais na esfera administrativa.³²³

O reconhecimento do *ne bis in idem* como direito fundamental é medida necessária à concretização de direitos fundamentais na relação entre as esferas penal e administrativa e no interior da esfera administrativa. Segundo Fábio Medina Osório (2005, p. 375):

[...] as exigências de racionalidade, coerência, harmonia e segurança jurídica embasam e formatam conteúdo ao princípio constitucional que proíbe o *bis in idem*. Daí porque caberá ao Estado, em suas múltiplas instâncias, entabular novos métodos de gestão do poder punitivo, a fim de obter celeridade, imparcialidade e justiça em suas decisões, sem afetar valores superiores do ordenamento constitucional.

³²³ Conforme exemplificado no capítulo 2, tópico 2.2.3.3.

A CRFB/88 determina, como finalidade do Estado, a construção de um tipo específico de sociedade, de forma que a manutenção da comunidade não justifica toda e qualquer intervenção estatal nos direitos fundamentais. A convivência social somente fundamenta a intervenção estatal se esta estiver destinada a promover a sociedade prevista no art. 3º, I, da CRFB/88; portanto, a sociedade que efetiva os direitos fundamentais.

Como a aplicação de penalidades constituiu limitação a esses direitos, a simples invocação da convivência social não fundamenta o uso do poder punitivo estatal, pois esse poder tende a ultrapassar os limites constitucionais que lhe são estabelecidos (SABBATINE, 2009, p. 98).

Nesse contexto, a teoria da unidade do poder punitivo, por concretizar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, suplanta a teoria da autonomia e independência entre as instâncias.

4.3.2.2 O ne bis in idem como direito fundamental reconhecido pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88

O *ne bis in idem* é reconhecido como direito fundamental em ordenamentos jurídicos europeus e, na Espanha, sua efetivação, na relação entre as instâncias penal e administrativa, não dependeu de textos constitucionais ou legais expressos.³²⁴ Segundo a jurisprudência do TCE, os direitos fundamentais se caracterizam por garantirem um *status* de liberdade às pessoas e por sua essencialidade na ordem jurídica de determinado estado (SARLET, 2005, p. 346).

Como direito fundamental, o *ne bis in idem* impõe aos órgãos e poderes do Estado o dever de sua concretização (SARLET, 2005, p. 352). Esse dever torna ilegítimas e inconstitucionais medidas estatais, oriundas dos Poderes do Estado, que não efetivem a finalidade constitucionalmente atribuída ao Estado de concretização e efetivação dos direitos fundamentais.

A caracterização do *ne bis in idem* como direito fundamental não expresso é defendida pela doutrina nacional e estrangeira, embora alguns autores o tenham como direito fundamental autônomo e outros o tenham como derivado de outros princípios constitucionais

³²⁴ “Na STC 177/99, o princípio *non bis in idem* foi visto como um direito de defesa do indivíduo perante o Estado. Desde esta perspectiva substancial, essa norma configura um direito fundamental do cidadão frente à decisão do Poder Público de castigá-lo por fatos que já foram sancionados em outra instância pública. A preferência da jurisdição penal sobre a administrativa, nesta ótica, se adapta à idéia de um direito fundamental do cidadão e cede espaços à eventual prevalência da esfera administrativa.” (OSÓRIO, 2005, p. 368).

expressos.³²⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o *ne bis in idem* é direito fundamental, não expresso, inserido no sistema com base no art. 5º, §2º, da CRFB/88:³²⁶

De acordo com isso, se o princípio *non bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto na Constituição Federal, significa que possui *status* constitucional e, nesse sentido, pode-se dizer que está previsto naqueles preceitos que tutelam o direito à liberdade e sua positivação, por conseguinte, assenta no mesmo art. 5º, §2º. [...] Tendo em vista o teor de tal preceito, já afirmaram Grinover, Fernandes e Gomes Filho que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto 678, de 06/11/92, em nível constitucional (art. 5º, §2º), prevê, no seu art. 8º, nº 4, expressamente o princípio *non bis in idem*. A isso acrescentamos, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto 4.388, de 25/09/2002, que prevê, igualmente de forma expressa, o princípio *non bis in idem*, em seu art. 20. (SILVA, P. R. A. 2008, p. 291 et seq.).

O art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. A relação do *ne bis in idem* com os princípios e direitos expressos na CRFB/88, e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional.

Rodolfo Tigre Maia (2005, p. 57 et seq.), ao tratar do tema na esfera penal, defende que o *ne bis in idem* constitui direito fundamental não expresso, reconhecível constitucionalmente pelo dispositivo citado, tendo em vista sua relação com outros princípios constitucionais, tais como: a dignidade da pessoa humana, os princípios penais da culpabilidade (art. 5º, XLVI,), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e,), entre outros:

Tendo-os por suficientes para comprovação de sua materialidade, porém, por serem nessas hipóteses mais evidentes e profundos os liames, cogitaremos apenas dos seus vínculos, respectivamente, com (a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada e com (b) o princípio da legalidade ou da

³²⁵ Como o *ne bis in idem* é aceito em diversos países, nem sempre com base em previsão constitucional expressa, os autores questionam sua natureza. Alguns defendem que o *ne bis in idem* é princípio geral do direito, outros defendem que se trata de regra jurídica, e outros o têm como direito fundamental. Segundo Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 293 et seq.), “Muito embora seja por alguns qualificado como uma regra jurídica e por outros elevado ao *status* de direito fundamental, na atualidade a maior parte dos autores consideram o *ne bis in idem* como princípio geral do Direito. Por esse motivo, mais recentemente, reconheceu-se sua aplicação mais abrangente extensível a todos os ramos jurídicos em que se verifique o exercício de potestade sancionadora [...]”

³²⁶ “Art. 5º. [...] §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

reserva legal. Em nossa perspectiva, ainda, a ligação entre o *ne bis in idem* (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, é o sopesamento plúrimo de todos os seus subprincípios, a saber: o da adequação ou idoneidade, o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade (em sentido estrito), que permitirá constatar a efetiva observância desse vetor hermenêutico na hipótese enfrentada. (MAIA, 2005, p. 58).

Segundo esse autor, o *ne bis in idem* situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos em razão de sua inegável essencialidade para a garantia de outros direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional (MAIA, 2005, p. 53 et seq.).³²⁷

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as esferas penal e administrativa.

A CBF/88 garantiu, expressamente, o devido processo legal na esfera administrativa,³²⁸ todavia interpreta-se a cláusula do devido processo legal de forma restrita, limitada aos direitos formais de defesa, também garantidos autonomamente, pela CRFB/88, em relação aos processos administrativos.³²⁹

Fábio Medina Osório (2005, p. 362) defende que o reconhecimento do *status* constitucional do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido e da garantia de **devido processo legal**. Segundo leciona este autor:

O princípio *non bis in idem* é, portanto, desde logo, uma norma constitucional que se extrai do conjunto de direitos fundamentais correlatos ao devido processo legal, com múltiplas funcionalidades e fundamentos. A construção e a percepção dessa norma não depende, *a priori*, do legislador,

³²⁷ “Com base no estudo efetuado já poderíamos afirmar que o *ne bis in idem*, em sua vertente criminal, situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos, em razão de sua inegável essencialidade (seja qual for o conceito material que adotemos). [...] Sua presença é indispensável em um estado democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana. De outra forma essa restaria gravemente vulnerada em razão do estado de terror psicológico dos cidadãos, decorrente do fundado receio de que o poder punitivo do estado, qual verdadeira espada de Damôcles, a qualquer tempo poderia sujeitá-los a uma nova punição ou à renovação da tensão processual, por hipótese pela qual já haviam sido anteriormente punidos ou julgados.” (MAIA, 2005, p. 53 et seq.).

³²⁸ “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³²⁹ “Art. 5º. [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

mas do constituinte e dos intérpretes da Constituição. [...] A produção da norma constitucional relativa ao *non bis in idem* é, portanto, tarefa das instâncias competentes, não exatamente do legislador, embora este pudesse estabelecer limites textuais ou condicionantes relevantes *a priori*. Sendo uma norma, o *non bis in idem* passa pelo processo decisório, demandando ponderações e articulações argumentativas, de modo a deixar evidenciado seu conteúdo mínimo, seus significados e significantes, seus limites e potencialidades. (OSÓRIO, 2005, p. 361).

O *ne bis in idem* é necessário à efetivação do devido processo legal substancial e caracteriza direito de defesa dos acusados contra processos punitivos reiterados, por estabelecer competência negativa aos poderes públicos, no âmbito da intervenção na esfera privada. Consoante leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 349):

[...] ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o 'status' fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição. Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.

O devido processo legal limita a atuação do Estado, em matéria punitiva, por determinar que o poder punitivo somente seja exercido em contexto que permita a defesa material do acusado. Essa condição não ocorre se a ordem jurídica admite que o Estado possa desconsiderar a defesa apresentada pelo acusado por meio da instauração de novos processos punitivos em relação ao mesmo ilícito.

O *ne bis in idem* garante que o devido processo legal seja respeitado pelo Estado, pois permite que a pessoa condenada ou absolvida possa invocar, a seu favor, as penas anteriormente aplicadas, os fatos considerados comprovados pelo próprio Estado e a absolvição anteriormente estabelecida por órgãos estatais. Da mesma forma, impede que o Estado se valha de processos diferenciados, por várias vezes, contra as mesmas pessoas, reduzindo os requisitos necessários para a condenação em cada um deles, até que se obtenha a condenação.

A limitada aceitação no ordenamento jurídico brasileiro do *ne bis in idem* à esfera

penal submete as pessoas à instabilidade de suas ações, pois “litígios que podem ser julgados indefinidamente privam o indivíduo da *Rechtssicherheit* [segurança jurídica], tornado inane toda a atribuição (merecedora de tutela) gerada por uma pronúncia *transitata in rem iudicatam* [transitada em julgado]” (CORDI, 2008, p. 105 et seq.).

O exercício do poder punitivo nesse contexto não gera segurança jurídica, não garante racionalidade às decisões estatais, pois possibilita decisões estatais contraditórias em relação aos mesmos fatos (OSÓRIO, 2005, p. 356 et seq.).

O *ne bis in idem* também encontra respaldo no instituto da **coisa julgada**, garantido no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88.³³⁰ Segundo constitucionalmente determinado, a coisa julgada constitui limite ao Poder Legislativo (a lei não a prejudicará), que impede a criação de instâncias punitivas que afastem sua proteção. Portanto, basear-se em dispositivos legais para fundamentar a independência de instâncias e a reiteração punitiva é retirar da coisa julgada sua potencialidade de proteção contra a atuação legislativa.

É nesse sentido que o Tribunal de Justiça da União Europeia entende que a “decisão firme”, com *status* de coisa julgada, pode restar caracterizada ainda que nenhum órgão jurisdicional tenha se pronunciado sobre a matéria. Mesmo que o instituto da coisa julgada seja atribuído exclusivamente a decisões judiciais, a reiteração punitiva, sustentada pela teoria da autonomia e independência das instâncias, ofende sua intangibilidade, pois permite que a Administração se pronuncie novamente e, de modo diverso, em relação ao que já transitou em julgado na esfera judicial.

A coisa julgada visa a garantir segurança jurídica, motivo pelo qual veda que os conflitos decididos pelo Poder Judiciário sejam revistos. A independência de instâncias, ao sustentar a autonomia de pronunciamentos administrativos contrários à decisão judicial, retira da decisão judicial sua capacidade de resolver definitivamente os conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

Ainda que não se reconheça o caráter de “decisão firme” às decisões administrativas – o que é possível para ampliar os direitos fundamentais, mas não para restringi-los – não se pode permitir que os conflitos se eternizem, nem a submissão das pessoas a esferas punitivas intermináveis. Nesse sentido, o reconhecimento do *ne bis in idem* é necessário à efetivação da **segurança jurídica**, cuja conexão com o *ne bis in idem* foi

³³⁰ “Art. 5º, [...]XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

desenvolvida por Fábio Medina Osório (2005, p. 357 et seq.):

Também resultam afetadas pela proibição constitucional de *bis in idem* as normas de Direito material, a incidência dos tipos sancionadores ou das penas, exigindo-se, nesse passo, a compatibilização dos ramos jurídicos dentro do Direito Punitivo globalmente considerado. O postulado da racionalidade imanente ao Estado Democrático de Direito se operacionaliza pelo princípio em exame, do qual deriva vedação a que o Estado possa criar expectativas legítimas e quebrar relações de confiança na esfera punitiva, contradizendo seus próprios atos, desfazendo seus próprios passos, retornando sobre suas “pegadas”, tudo a confundir e gerar perplexidade nos cidadãos. A segurança jurídica, alicerçada na confiança, pressupõe densidade normativa ao princípio do *non bis in idem*. A idéia de unidade estatal recomenda que os órgãos públicos punitivos apareçam perante a cidadania através de uma identidade nítida, sem posturas contraditórias, nebulosas ou incoerentes, despidas não apenas da boa-fé objetiva, mas da transparência e lealdade que tais relações exigem. A unidade do Direito Punitivo, numa vertente material, é corolário lógico da segurança jurídica e da racionalidade do Estado no manejo de normas que afetam os mais valiosos direitos fundamentais, aqueles submetidos às relações punitivas.

Tendo em vista a identidade ontológica dos ilícitos, a reiteração punitiva caracteriza também **ofensa à proibição de excesso**. O Tribunal Constitucional Peruano baseou-se no **princípio da proporcionalidade** para fundamentar a proibição de *bis in idem*, ainda que a Constituição do Peru não contivesse (inicialmente) qualquer vedação expressa de punição, pelo mesmo fato, nas esferas penal e administrativa:

Desta forma, o Tribunal Constitucional peruano considera que o *ne bis in idem* material se fundamenta por um lado no princípio da proporcionalidade vinculado à chamada “proibição de excesso”, fundamento indiscutível se se tem em conta que impor mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo de injusto implica impor “uma dupla carga coativa” ou, dito de outro modo, viola-se a regra do artigo VIII do CP de que “a pena não pode ultrapassar a responsabilidade pelo fato” e que exige congruência entre o conteúdo do injusto punível e a desvalorização jurídico-social frente a ele. (CORIA, 2007, p. 315 et seq., tradução livre³³¹).

A doutrina brasileira também defende a proporcionalidade como fundamento do *ne bis in idem* (SILVA, P. R. A., 2008, p. 293).³³² O princípio da proporcionalidade, em sua

³³¹ No original: “De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada ‘prohibición de exceso’, fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer ‘una doble carga coactiva’ o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del artículo VIII del CP de que ‘La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho’ y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente a él.”

³³² “Resulta indubitável o *status* constitucional do princípio *non bis in idem*, no entanto, a questão que surge a

vertente da proibição de excesso, é adotado pelo STF como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, concernente ao poder punitivo.³³³

Em face das relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente garantidos no texto da CRFB/88, a ausência de sua previsão constitucional expressa não impede que os tribunais reconheçam seu *status* constitucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Pelo contrário, esse reconhecimento se impõe.³³⁴ Segundo Fábio Medina Osório (2005, p. 357):

A cláusula do *non bis in idem* resulta articulada e integrada no sistema constitucional, abrigando precisamente um conjunto já referido de valores constitucionais superiores, entre os quais assumem importância notável os da segurança jurídica, da racionalidade, da coerência, da boa-fé e, muito especialmente, da justiça, aí incluída, acrescento, a culpabilidade. Este princípio da vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da

partir destas colocações é: a elaboração de uma lei que autoriza a dupla punição será inconstitucional por violação ao princípio *no bis in idem* ou por violação ao princípio da proporcionalidade face a proibição de excesso? Creemos que a inobservância ao princípio *non bis in idem* por parte do legislador, no caso de criação de lei que autorize a dupla punição, constitui sempre hipótese de violação à proibição de excesso (*Übermassverbot*).” (SILVA, P. R. A., 2008, p. 293).

³³³ “‘Habeas Corpus’ – Vedação legal imposta, em caráter absoluto e apriorístico, que obsta, ‘in abstracto’, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos nos crimes tipificados no art. 33, ‘caput’ e §1º, e nos arts. 34 a 37, todos da Lei de Drogas – **Reconhecimento da inconstitucionalidade da regra legal vedatória** (art. 33, §4º, e art. 44) pelo Plenário desta Suprema Corte (HC 97.256/RS) – **Ofensa aos postulados constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade - O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da ‘proibição do excesso’: fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado – Caráter extraordinário do óbice à substituição** - O legislador não pode vedar a conversão da pena privativa de liberdade por sanção penal alternativa, sem a imprescindível aferição, pelo magistrado, dos requisitos de índole subjetiva e dos pressupostos de caráter objetivo do sentenciado (CP, art. 44), sob pena de gerar situações normativas de absoluta distorção e de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal – Precedentes – ‘Habeas Corpus’ concedido de ofício, com extensão, também de ofício, dos seus efeitos à co-ré. – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – **o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.** – Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo, previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos no art. 33, ‘caput’ e §1º, e arts. 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006.” (BRASIL, STF, HC 106.442 MC/MS) (Sem destaques no original).

No mesmo sentido: BRASIL, STF, HC 103.308/SP.

³³⁴ “Tal princípio, em nosso sistema, está constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88. Suas conseqüências e desdobramentos, no entanto, são bastantes tímidas na jurisprudência e na doutrina brasileiras, deixando lacunas consideráveis ao crivo dos juristas. [...] Ínsito, de qualquer sorte, no seguinte ponto: pensar o *non bis in idem* é, acima de tudo, refletir sobre as delicadas relações entre esferas penal e administrativa, problema que não é novidade no Brasil ou no exterior.” (OSÓRIO, 2005, p. 339 et seq.).

proporcionalidade, que permeia todo o Estado Democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando. Suas dimensões são formais e materiais, com alcances potencialmente distintos, mesmo porque o Direito ostenta vertentes processuais e materiais que se integram.

A ausência de previsão constitucional expressa do *ne bis in idem* não fundamenta sua rejeição, tendo em vista que o art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina a inserção no sistema dos direitos fundamentais essenciais à concretização de direitos expressos no texto constitucional (MAIA, 2005, p. 13).

O art. 5º, §2º, da CRFB/88 é cláusula de inserção de direitos fundamentais não expressos e mecanismo de efetivação dos direitos expressamente consagrados, bem como da pretensão ampliativa desses (MAIA, 2005, p. 17).

4.3.2.3 A garantia do ne bis in idem nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil

O art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Caracterizando-se o *ne bis in idem* como direito fundamental, seu reconhecimento não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária.

A vedação à dupla punição (penal e administrativa) pelo TEDH teve por base a interpretação de tratados internacionais, cujos dispositivos têm conteúdos similares aos acordos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³³⁵ e o Pacto Internacional

³³⁵ “A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também tão-somente em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil (por meio do Decreto n. 678, de 6.11.1992). A cláusula 8ª da Convenção, que trata das garantias judiciais, em seu item estabelece que ‘O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processos pelos mesmos fatos’. Em nosso ver, a cláusula padece de inúmeras deficiências. Em primeiro lugar, parece consagrar somente a vertente processual do princípio, proibindo tão-somente o duplo processo, ainda que se possa implicitamente considerar que também veda o duplo sancionamento. Em segundo lugar, refere apenas as hipóteses de absolvição, quando a garantia se aplica da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado. Em terceiro lugar, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide outras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados pelas mesmas razões. De positivo destaque-se que o preceptivo proíbe o novo processo ‘pelos mesmos fatos’. Neste exclusivo aspecto, isso torna essa versão da cláusula mais abrangente que o diploma internacional analisado anteriormente.” (MAIA, 2005, p. 42 et seq.).

de Direitos Civis e Políticos.³³⁶

Os tratados internacionais, utilizados pelo TEDH para fundamentar a proibição de imposição de sanções penais e administrativas à mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos, referem-se, expressamente, a processos e a leis penais ou à “sentença firme”, semelhantes, portanto, aos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil.

Todavia, a literalidade daqueles textos, em afirmar a impossibilidade de dupla punição por infrações em relação às quais exista condenação ou absolvição por “sentença firme conforme a lei e o procedimento penal do Estado” (art. 4.1 do Protocolo Adicional número 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos); a referência a “delito” e a “sentença penal firme, conforme a lei” (art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia); ou exigência de “sentença firme” (art. 54 do Convênio para aplicação do Acordo de Schengen), não impediram que o TEDH e o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecessem o *ne bis in idem* como garantia fundamental em relação ao poder punitivo geral e não apenas na esfera penal.³³⁷

Os tratados ratificados pela República Federativa do Brasil têm possibilidade de efetivar a aplicação do *ne bis in idem* nas relações entre a esfera penal e administrativa geral. Esses tratados possibilitam aplicação mais ampla do *ne bis in idem* que aqueles utilizados pelo

³³⁶ “O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, embora tenha sido aprovado pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em 16.12.1966, apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu artigo 14 estabelece que ‘Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.’ De sua própria inserção sistêmica no referido diploma transnacional resulta claro existir um relativo consenso entre as nações acerca da fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem*. Na realidade, todavia, demonstra-se extremamente ambígua e limitada a garantia aqui prevista. Isso se dá (a) por força do emprego da expressão ‘delito’ como parâmetro do *idem* em vez do termo ‘fato’, tornando mais fluida a identificação da existência de duplicidade de julgamentos ou de punições em razão das diferentes acepções que aquele vocábulo assume nas diferentes ordens jurídicas nacionais; (b) em razão da exigência de uma sentença penal transitada em julgado, o que reduz a garantia na sua seara processual, uma vez que implicitamente possibilita a convivência de diversos processos ao mesmo tempo, ainda que em diferentes estágios procedimentais; e, sobretudo, em termos de projeção internacional do princípio, (c) diante da ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras frequentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada ou de territorialidade absoluta [...]” (MAIA, 2005, p. 41 et seq.).

³³⁷ “E é nesse sentido, com variações, que caminha o Direito Internacional ou o Direito Comunitário Europeu, tanto nos tratados quanto na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e em diplomas outros. Deste conjunto de fontes do Direito, resulta, em regra: preponderância da jurisdição penal sobre a administrativa; repúdio à simultaneidade de processos punitivos em torno de um mesmo fato, sem critérios técnicos a regular suas incidências; redução ou atenuação das sanções, a partir da consideração da unidade do Direito Punitivo; extensão das garantias aos acusados em geral, independentemente da nomenclatura tipificatória emprestada à infração, se administrativa ou penal, interditando-se duplicidade de apenamento. Esses e outros traços dos principais sistemas punitivos europeus configuram um substrato axiológico vinculado à defesa do homem e de seus direitos fundamentais perante o poder punitivo estatal.” (OSÓRIO, 2005, p. 371).

TEDH para caracterizar o *ne bis in idem* como direito fundamental.

A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu art. 8º, que “**o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos**” (BRASIL, Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pelo Decreto 678, de 06/11/1992). Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, na cláusula 7 de seu art. 14, que “**ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país**” (BRASIL, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992).

A Convenção Americana de Direitos Humanos não tem sua aplicabilidade limitada à esfera penal, pois estende sua proteção aos “acusados”, não a limita à absolvição por “crime”, mas se refere a “fatos” e exige sentença transitada em julgado, sem se referir a sentença ou processo penal.

O texto dessa Convenção, em sua literalidade, determina que o poder punitivo, identificado pela presença do “acusado”, exercido por órgãos jurisdicionais, decorrente da exigência de sentença transitada em julgado, não seja reiterado em outras esferas punitivas. Portanto, o acusado absolvido, por sentença penal, não pode ser processado em outra esfera judicial ou administrativa pelos mesmos fatos. Da mesma forma, o acusado, absolvido por sentença transitada em julgado na esfera cível (ex.: por improbidade administrativa), não pode ser novamente processado pelos mesmos fatos na esfera penal.

O trânsito em julgado da sentença judicial absolutória impede novo processo que vise à punição pelos mesmos fatos e essa garantia não se limita ao processo judicial, mas é aplicável também às instâncias administrativas. A literalidade do dispositivo demonstra que, diferentemente da leitura da teoria da independência das instâncias, aplicada pelo STF, o ordenamento jurídico pátrio garante, expressamente, a interdependência entre as esferas punitivas.

Rodolfo Tigre Maia (2005, p. 42 et seq.) leciona que essa norma ainda é passível de questionamentos e sua aplicação merece o cuidado da doutrina e da jurisprudência. Ao se referir apenas a acusado “absolvido”, poder-se-ia gerar dúvidas quanto a nova punição de acusados “condenados” ou possibilitar a simultaneidade de processos punitivos, por estabelecer a garantia apenas em razão de sentença transitada em julgado.

Essa norma deve ser integrada pela cláusula 7 do art. 14 do Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece a proibição de novo processo em relação a **delito** pelo qual a pessoa já foi **absolvida** ou **condenada** “por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.”

Embora faça referência a delito, a vedação incorpora os fatos objetos de julgamento em processos penais. A pessoa condenada ou absolvida, em processo penal, não poderá ser novamente processada (*ne bis in idem* processual) ou punida (*ne bis in idem* material) em qualquer esfera pelos mesmos fatos. A garantia deve ser aplicada ainda que a legislação atribua diversa nomenclatura aos fatos objeto de julgamento ou à diversa autoridade a competência para investigar e punir os fatos objeto de sentença penal transitada em julgado.

A proscrição à reiteração punitiva não se limita à esfera penal, pois o pronunciamento judicial quanto às infrações penais impede que quaisquer autoridades estatais se manifestem em relação aos fatos que os constituam.

Como a coisa julgada tem a finalidade de proteger as pessoas contra a alteração de situações decididas pelo Poder Judiciário, ela não pode ser invocada para limitar os direitos de defesa. Portanto, sua inexistência não obstaculariza o direito fundamental de não responder a inúmeros processos punitivos perante o Estado pelos mesmos fatos.

Não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas.³³⁸

A CRFB/88 omitiu-se quanto ao exercício do poder punitivo pela Administração, nas relações gerais que o Estado mantém com as pessoas, e a esse poder se referiu em escassos dispositivos.³³⁹ Diante desse quadro, poder-se-ia afirmar que aquele dispositivo

³³⁸ “Art. 225. [...] §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³³⁹ Outros dispositivos que mencionam as sanções administrativas aplicadas pelo descumprimento de normas gerais, são: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho [...]” e “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de

constitucional determina que atividades lesivas ao meio ambiente sejam simultaneamente punidas na esfera penal e na administrativa.

Essa interpretação não é compatível com os princípios assegurados no texto da CRFB/88 nem com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.

Essa norma é uma ordem ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente, no caso de infrações cometidas por meio de pessoas jurídicas. Na ordem jurídica anterior à CRFB/88, a proteção ao meio ambiente, em relação às condutas ilícitas, imputadas às pessoas jurídicas, era limitada ao Direito Administrativo Sancionador, o que se procurou alterar com essa Constituição.

A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos: há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais, e outras, como infrações administrativas. O fato de a CRFB/88 prever a punibilidade na esfera penal e administrativa não implica que tais penalidades tenham que se impor (ou possam se impor) simultaneamente em razão dos mesmos fatos em ambas instâncias. O texto do dispositivo expressa a cumulatividade das sanções civis (reparatórias) com as sanções penais ou administrativas pelo mesmo fato, sem que se possa afirmar que há determinação dessa cumulação em relação à aplicação das sanções punitivas (administrativa e penal).

O dispositivo impõe que o Poder Legislativo estabeleça sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente, o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente. Daí, todavia, não decorre a possibilidade de que os mesmos fatos sejam puníveis em ambas as instâncias.

4.3.3 O *ne bis in idem* como decorrência da repartição de competências na CRFB/88

O *ne bis in idem* é direito fundamental que integra a ordem jurídica brasileira e modifica os limites da tradicional teoria da autonomia e independência entre as instâncias punitivas. Resta, portanto, analisar seu âmbito de incidência no ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação do *ne bis in idem* é diversa nos sistemas jurídicos que o adotam, pois as normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo estatal também são diversas.

Sua integração na ordem jurídica brasileira deve se basear nas normas constitucionais e nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

A CRFB/88 estabelece os direitos fundamentais como garantias em face do Estado, portanto, limitativos da atuação dos poderes públicos, que são incumbidos, no exercício de suas funções, da efetivação e concretização desses direitos. Nesse sentido, Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 295 et seq.)³⁴⁰ e Pablo Rodrigo Alfen da Silva (2008, p. 292)³⁴¹ lecionam que, como direito fundamental, o *ne bis in idem* se dirige ao Poder Legislativo e ao aplicador da norma, seja ele o juiz ou o administrador.

O Poder Legislativo está limitado pelo princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de excesso, motivo pelo qual lhe é vedado criar normas que afetem as garantias individuais de forma desproporcional. Esta desproporcionalidade ocorre se há tipificação dos mesmos fatos, com idênticos pressupostos de punição, em duas ou mais normas, sem que se reconheça, em qualquer delas, âmbito de incidência diferenciado, ainda que parcialmente coincidentes.

³⁴⁰ “Digno de nota que a inserção do princípio *ne bis in idem* no rol de direitos fundamentais evidencia ser ele dirigido não apenas ao legislador – vedando-lhe prever mais de uma sanção imputável a um mesmo fato –, mas, muito antes, aos aplicadores da lei, seja no âmbito judicial ou administrativo, impondo-lhes a obrigação de, nos casos de subsunção do ato ilícito a mais de uma norma sancionadora, com idêntica função repressiva, selecionar e aplicar apenas uma delas.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 295 et seq.).

Não se pode deixar de notar que a posição desse autor é ambígua, pois, a despeito dessa afirmação, também expressa que: “Este segundo entendimento, que concentra os efeitos do princípio em tela à atuação dos agentes e autoridades competentes para aplicar as leis, parece mais adequado também ao ordenamento jurídico brasileiro. Neste é possível, reconhecidamente, a existência simultânea de sanções *in abstracto* de diferentes naturezas jurídicas, notadamente tributária e penal, cominadas a um mesmo ato ilícito. Admite-se, pois, a coexistência de normas sancionadoras, residentes em diferentes ramos da Ciência Jurídica, cominando diferentes sanções a um único ato ilícito enquadrável em seus respectivos antecedentes normativos, restando vedada, isto, sua aplicação cumulativa. Nesta ordem de idéias, ainda que sirva de diretriz ao ofício criativo do legislador, o princípio *ne bis in idem* não constitui critério para determinar a validade ou derrogação de normas sancionadoras, inviabilizando sua coexistência, mas tão-somente determina que nestes casos é imprescindível a incidência, ou melhor, a aplicação de apenas uma delas, seja em atenção ao critério da especificidade ou mercê da teoria da absorção.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 296 et seq.).

³⁴¹ “A primeira função seria dirigida ao legislador, o qual, tendo uma visão ampla de todo o ordenamento jurídico, não pode (jamais) produzir ou permitir incompatibilidades ou rupturas no sistema, que conduzam à criação de regras que afetem (quer suprimindo ou reduzindo) as garantias dos cidadãos; isso como decorrência do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) que ‘se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins’. [...] Essa idéia corresponde à aplicação corrente do princípio da proporcionalidade como limite às limitações dos direitos fundamentais (proibição de excesso). Assim, a primeira função constitucional do princípio *non bis in idem*, de ordem garantidora, diz com respeito às garantias constitucionais dos cidadãos por parte do legislador, já no momento de elaboração das leis penais.” (SILVA, P. R. A., 2008, p. 292).

“A segunda função, propalada na doutrina em geral, de ordem concretizadora é dirigida ao julgador e diz respeito ao rechaço à dupla punição, no sentido de que, quando da condenação, jamais o julgador pode levar em consideração mais de uma vez uma mesma circunstância em prejuízo do réu, evitando, assim, a dupla punição. [...] E é somente a partir da motivação da decisão que se poderá vislumbrar a (in)observância ao princípio *non bis in idem*.” (SILVA, P. R. A., 2008, p. 293).

A solução adotada no sistema espanhol é que o *ne bis in idem* não vincula o Poder Legislativo, pois a dupla tipificação não ofende ao *ne bis in idem*, conforme resta expresso na Sentença do Tribunal Supremo Espanhol (STS) de 24 de abril de 2000, (SOTOMAYOR, 2008, p. 58; JALVO, 2003, p. 182).³⁴² Contudo, essa posição não é pacífica (TORRADO, 2008, p. 172; SILVA, P. R. C., 2007, p. 296), pois, ao lado de doutrinadores que corroboram com a jurisprudência, há autores que defendem a vinculação do Poder Legislativo ao *ne bis in idem*:

Frente a esta situação há duas posturas: a que tem sido defendida pelo Tribunal Constitucional, pelo Tribunal Supremo e por algum setor da doutrina representado por Rey Guanter; e outra corrente encabeçada por García de Enterría, Muñoz Quiroga, León Villalba, Marina Jalvo, que defende a ideia de que este princípio do Direito está destinado e vincula inclusive o legislador. No que toca ao primeiro grupo, os tribunais de justiça têm repetido em várias ocasiões que este princípio está dirigido ao operador jurídico, pois esses órgãos conectam os efeitos proibitivos derivados do *ne bis in idem* com a dupla sanção e não com a circunstância de que possa produzir-se dupla tipificação dos mesmos fatos. (TORRADO, 2008, p. 171, tradução livre³⁴³).

³⁴² “El *non bis in idem* no se mueve tanto en el ámbito de la creación del Derecho sancionador cuanto en el de su aplicación, pues más que impedir que un determinado comportamiento se encuentre tipificado de forma simultánea en varios preceptos como delito o infracción administrativa, algo que en ocasiones será inevitable, lo que prohíbe es la aplicación conjunta de tales preceptos al comportamiento en cuestión. [...] En cualquier caso, en el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, trataría de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetaría el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del *non bis in idem* y los problemas que el mismo plantea.” (CAMPOS, 2001, p. 194) (Tradução livre: “O *ne bis in idem* não se move tanto no âmbito da criação do Direito sancionador quanto no de sua aplicação, pois, mais que impedir que determinado comportamento encontre-se tipificado de forma simultânea em vários preceitos, como crime ou infração administrativa, algo que em determinadas ocasiões será inevitável, o que proíbe é a aplicação conjunta de tais preceitos ao comportamento em questão. [...] Em qualquer caso, o tema subjaz um problema de técnica legislativa, pois se o legislador abandonasse sua atual hipertrofia sancionadora, tratasse de incorporar elementos diferenciadores na tipificação dos ilícitos penais e administrativos, respeitasse o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, reservando ao mesmo os comportamentos e as respostas mais graves do ordenamento jurídico sancionador, e houvesse, enfim, maior coordenação entre as distintas instâncias competentes para aprovar normas sancionadoras, a sobreposição e a convergência destas seria muito menor, reduzindo-se, assim, consideravelmente, o campo de aplicação do *ne bis in idem* e os problemas que o mesmo coloca.”).

³⁴³ No original: “Frente a esta situación hay dos posturas: la que ha sido defendida, de un lado, por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo y algún sector de la doctrina representado por Rey Guanter; y otra corriente encabezada por García de Enterría, Muñoz Quiroga, León Villalba, Marina Jalvo que le apuestan a la idea de que este principio de Derecho está encaminado y vincula en exclusiva al legislador. En lo que respecta al primer grupo, los tribunales de justicia han repetido en varias ocasiones que este principio está dirigido al operador jurídico, pues estos órganos conectan los efectos prohibitivos derivados del *non bis in idem* con la doble sanción y no con la circunstancia de que pueda producirse una doble tipificación de unos

O modelo federal estabelecido pela CRFB/88 limita o Poder Legislativo em sua competência legislativa e essas limitações essas efetivam o *ne bis in idem*, embora não derivem desse princípio.

4.3.3.1 A repartição de competências na CRFB/88

A repartição de competências entre os entes federados limita o Poder Legislativo quanto à expedição de normas sancionadoras (penais e administrativas) e garante eficácia ao *ne bis in idem*. Conforme leciona a doutrina:

A técnica de repartição de competências surge portanto para dividir, *entre os integrantes de uma federação* (no Brasil: a União, os Estados e os Municípios), todo o poder que cabe ao estado e que, em si, e, sobretudo do ponto de vista internacional, é uno. É por efetuar esta divisão de atribuições tão importantes, tão fundamentais, que a repartição de competência tem que estar consubstanciada no documento básico do estado – sua constituição – justamente para que possa ficar resguardada contra mudanças circunstanciais. (MASCARENHAS, 2002, p. 245).

Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 481), “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões” e “competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”. Esse autor classifica as competências atribuídas aos entes federados em “(1) *competência material*, que pode ser (a) *exclusiva* (art. 21); e (b) *comum, cumulativa ou paralela* (art. 23); (2) *competência legislativa*, que pode ser (a) *exclusiva* (art. 24, §§ 1º e 2º); (b) *privativa* (art. 22); (c) *concorrente* (art. 24); (d) *suplementar* (art. 24, §2º)” (SILVA, J., 2000, p. 482).³⁴⁴

Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 483), são privativas as competências

mismos hechos.”

³⁴⁴ “*Quanto à extensão*, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material, vimos que competência se distingue em: (a) *exclusiva*, que é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); (b) *privativa*, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de *delegação* e de *competência suplementar* (art. 22 e seu parágrafo único, e art. 24 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação; (c) *comum, cumulativa ou paralela*, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) *concorrente*, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1) possibilidade de disposições sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) *suplementar*, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§1º a 4º).” (SILVA, J., 2000, p. 483).

legislativas que, atribuídas a determinado ente federado, com exclusão dos demais, podem ser objeto de delegação ou admitem regulação suplementar. Nessa classificação, a competência legislativa atribuída à União no art. 22 da CRFB/88 é privativa por admitir delegação aos Estados-membros. Diferentemente, a competência material – administrativa – atribuída à União no art. 21 da CRFB/88 é exclusiva, por não admitir delegação a outros entes.

A classificação das competências da União em exclusivas e privativas, com base na possibilidade de delegação, não é aceita de forma unânime pela doutrina. Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 63) afirma não parecer apropriado “extremar mediante o uso dos termos ‘privativo’ e ‘exclusivo’ as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se ‘privativo’ não exprimisse, tanto quanto ‘exclusivo’, a idéia do que é deferido a um titular com exclusão dos outros”.³⁴⁵

A CRFB/88 atribui aos entes federados competências legislativas e competências materiais, de forma que “cada entidade recebe da Constituição, além da competência legislativa, outras competências que as credenciam ao desempenho de diferentes tarefas e serviços” (ALMEIDA, F., 2010, p. 67). As competências materiais recebem denominação diversa pela doutrina, pois seu “objeto não corresponde a uma única atividade, ao contrário do que ocorre com a competência legislativa, que retira o seu nome do seu objeto específico, qual seja, elaborar a lei” (ALMEIDA, F., 2010, p. 67).

No estado federal, a repartição de competências é ponto fulcral porque a autonomia dos entes federados decorre da “capacidade de estabelecer leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder” (ALMEIDA, F., 2010, p. 80). A autonomia somente existirá “onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo” (ALMEIDA, F., 2010, p. 81), essa autonomia é limitada pelos termos e pela forma manifestada na Constituição, pois, ultrapassada a esfera de competência legislativa atribuída ao ente, há inconstitucionalidade da norma expedida, por invasão da competência atribuída a outro ente:

E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão, não importa por qual das entidades federadas, do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na

³⁴⁵ “Permitimo-nos, portanto, continuar a empregar indistintamente ambos os termos ao designar as competências próprias de cada entidade federada [...]. Em abono dessa posição vale lembrar, por fim, que o constituinte, como reconhece o próprio José Afonso da Silva (1989: 413, n.r. 5), não levou em conta a distinção aqui discutida, havendo dispositivos, assim, os artigos 51 e 52, em que, sob a rubrica de ‘competências privativas’, estão arroladas atribuições indelegáveis.” (ALMEIDA, F., 2010, p. 64).

inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isto tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente. (ALMEIDA, F., 2010, p. 81).

Portanto, a partilha constitucional de competências estabelece o âmbito de atuação de cada pessoa política integrante de uma federação. Essas competências pertencem ao Estado e, no modelo federal, são distribuídas entre diversas esferas de poder, que, ao exercerem competências decorrentes diretamente da Constituição, têm autonomia garantida em relação aos demais entes, também autônomos.

4.3.3.2 A competência legislativa privativa da União em matéria penal e seus reflexos na legislação administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios

A competência legislativa privativa da União, que não se encontra concentrada no art. 22 da CRFB/88 (ALMEIDA, F., 2010, p. 81 et seq.), determina seu âmbito de atuação legislativa que exclui a dos demais entes federados.

A atribuição de competência legislativa privativa à União não implica a competência material sobre os mesmos temas, pois essa competência foi objeto de regramento autônomo pela CRFB/88. Assim, “nem sempre o fato de se deferir privativamente à União a competência legislativa significa que só ela possa exercer a competência material correspondente” (ALMEIDA, F., 2010, p. 82).

Em alguns casos, a CRFB/88 atribui competência legislativa à União, mas as atividades materiais decorrentes das normas expedidas por ela são atribuídas, primordialmente, a outros entes federados. Em outras hipóteses, por meio de sua competência legislativa privativa, a União estabelece sistema nacional e transfere parte do exercício da atividade material aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; como ocorreu por meio do CTB.³⁴⁶ E, em outras situações, a competência legislativa privativa da União tem

³⁴⁶ “Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição: [...] IV - estabelecer, em conjunto com as Polícias Militares, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito; V - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas relacionadas nos incisos VI e VIII do art. 24, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito; VI - aplicar as penalidades por infrações previstas neste Código, com exceção daquelas relacionadas nos incisos VII e VIII do art. 24, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar [...]” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro). “Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: [...] VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do

como destinatários os particulares que executarão as leis expedidas.³⁴⁷

A competência para legislar sobre direito penal é atribuída de forma privativa à União e, embora questões específicas do tema possam ser delegadas aos Estados-membros, mediante a expedição de lei complementar,³⁴⁸ veda-se que Estados, Distrito Federal e Municípios legislem sobre direito penal.

Todavia, a atribuição, de forma privativa, de competência legislativa em matéria penal à União não impede o exercício da atividade material referente ao direito penal pelos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. A promoção da segurança pública compete prioritariamente aos Estados,³⁴⁹ aos quais incumbem, preponderantemente, a competência administrativa e jurisdicional para o exercício do poder punitivo nas formas de fiscalização, aplicação e execução de penas. A competência da União para o exercício dessa atividade material é restrita, pois a imposição e execução das sanções penais por esse ente limitam-se a temas e a interesses específicos.³⁵⁰

Poder de Polícia de Trânsito; VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar; VIII - fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar; IX - fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 95, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas [...].” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

³⁴⁷ “Em muitas hipóteses, cabe ao poder central editar a lei que disciplinará o exercício de atividades pelas demais unidades de Federação e pelos particulares em geral. É o que ocorre com a competência da União para legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho (art. 22, inciso I); desapropriação (inciso II); sistemas de consórcios e sorteios (inciso XX); propaganda comercial (inciso XXIX).” (ALMEIDA, F., 2010, p. 82).

³⁴⁸ “Art. 22. [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁴⁹ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] IV - polícias civis; [...] §4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁵⁰ “Art. 144. [...] §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A as causas relativas a direitos

Os Municípios também exercem a fiscalização em matéria penal. Embora a CRFB/88 não lhes atribua o poder de impor e executar sanções penais, os agentes públicos municipais, ao constatarem fato que possa caracterizar ilícito penal, devem comunicá-lo aos órgãos estaduais ou federais competentes para o exercício da persecução penal. Em algumas situações, por exemplo, em matéria tributária, a atuação dos agentes administrativos municipais pode consistir pressuposto para o início da ação penal.

A representação criminal, via de regra, é atribuída aos órgãos do Ministério Público, que não está obrigado ao prévio inquérito policial para propositura de ação penal. O Ministério Público pode valer-se de procedimentos instaurados pela Administração para a propositura da ação penal, desde que convencido da existência de provas suficientes para caracterizar a justa causa da ação penal.³⁵¹

humanos a que se refere o §5º deste artigo; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII - os 'habeas-corpus', em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; [...] IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o 'exequatur', e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; [...] §5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal." (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁵¹ “[...] Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, §1º, IV, e §4º, da CF. A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. **O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, §3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, mutatis mutandis, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.** Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. [...] **No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: ‘situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial**

Da mesma forma, órgãos administrativos de todos os entes federados devem encaminhar aos órgãos do Ministério Público denúncias quanto a infrações penais de que tenham conhecimento no exercício de suas funções³⁵² e proceder a investigações no âmbito de suas competências.³⁵³ A CRFB/88, em seu art. 144, §1º, ressalva a atuação investigativa de órgãos administrativos no exercício de sua competência funcional, ainda que digam respeito a fatos que possam caracterizar infração penal.

Como a determinação da esfera de competência a ser exercida por cada ente deriva da CRFB/88, a autonomia desses apenas existe nos exatos limites por ela determinados. Portanto, como os Estados-membros exercem atividade material com base em normas constitucionais, que impõem a execução da legislação expedida pela União, não é possível afirmar que a autonomia deles resta diminuída pela aplicação dessas normas.

Essa conclusão se aplica a todas as competências materiais atribuídas aos entes federados, sem que a competência legislativa sobre o mesmo tema lhes sejam igualmente atribuídas. Se a CRFB/88 não lhes atribuiu a competência legislativa, o exercício da competência material se pautará nas normas expedidas pelo ente competente para legislar sobre o tema, pois a atribuição de competência material não implica a atribuição de competência legislativa implícita, quanto a temas que a CRFB/88 expressamente atribui a outro(s) ente(s).

A unidade do poder punitivo e a atribuição à União de competência legislativa privativa sobre direito penal limita o Poder Legislativo estadual, distrital e municipal em sua competência para estabelecer infrações administrativas. Essa limitação diz respeito à

de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal. No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. [...]” (BRASIL, STF, HC 84.965/MG) (Sem destaques no original).

³⁵² “Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.” (BRASIL, Lei 8.112, de 11/12/1990).

“Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.” (BRASIL, Lei 8.429, de 22/06/1992).

³⁵³ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.” (BRASIL, Código de Processo Penal).

elaboração de normas que estabeleçam ilícitos administrativos com conteúdo idêntico a normas que tipificam ilícitos penais. São as hipóteses já citadas de coincidência entre os pressupostos de infrações penais tipificadas na Lei 9.605/98, com infrações administrativas tipificadas na Lei 3.647/2000, do Estado do Rio de Janeiro.

Se a infração administrativa é tipificada com elementos diversos em relação ao ilícito penal, ou seja, se possui âmbito de incidência diferenciado, ainda que parcialmente coincidente, não há inconstitucionalidade, mas deve-se verificar, no caso concreto, a existência de concurso aparente de normas ou de infrações. Se houver concurso aparente de normas, a aplicação de uma das normas é afastada, mas não sua validade. Portanto, nesse caso, a efetivação do *ne bis in idem* incumbe ao aplicador.

No caso de tipificação de infração administrativa idêntica à tipificação penal, a norma administrativa, se expedida por Estados, Distrito Federal ou Municípios, é inconstitucional, por invasão da esfera de competência constitucionalmente atribuída à União, que ao qualificar determinada conduta como ilícito penal a insere no conteúdo penal. Caracteriza-se essa identidade se os mesmos fatos sempre se subsumem a ambas as normas e estas sempre se aplicam aos mesmos fatos.

A competência privativamente atribuída à União para legislar sobre Direito Penal pode conflitar com a competência legislativa, privativa ou concorrente, dos demais entes sobre matérias específicas. Diante desses conflitos, com base na teoria da unidade do poder punitivo, vislumbram-se duas soluções: **a)** afastar a competência legislativa da União para estabelecer ilícitos penais em relação a matérias atribuídas privativamente a outros entes, hipótese em que o poder punitivo seria exercido por esses pela via do direito administrativo sancionador; **b)** afastar a competência dos entes para estabelecer infrações administrativas em relação a matérias de sua competência privativa, se existe tipificação penal do mesmo ilícito.

No caso de tais conflitos, deve prevalecer a competência privativa da União em matéria penal. Sustenta-se a prevalência da competência da União porque, sendo expressa, sobrepõe-se à competência sancionatória administrativa implicitamente atribuída aos demais entes.

A CRFB/88 não atribui expressamente aos entes federados o exercício do poder punitivo na esfera administrativa e essa competência lhes é reconhecida implicitamente, como decorrência da competência legislativa sobre matérias determinadas. Nesses casos, a competência conferida expressamente de forma privativa a um ente limita o exercício de competências implícitas reconhecidas aos demais.

A prevalência da competência da União também se deve à constatação de que o conteúdo do Direito Penal deriva da atribuição da pena e da qualificação, pelo Congresso Nacional, do ato ilícito como crime ou contravenção.

Nesse sentido, o Direito Penal exerce domínio sobre os demais ramos jurídicos, pois apenas a imposição da pena e a caracterização de determinado fato como ilícito penal determinam seu conteúdo. Antes dessa imposição e atribuição, não é possível definir o campo atuação do Direito Penal, pois se inclui em sua finalidade sancionar o descumprimento de obrigações que visam a tutelar bens jurídicos regulados em outros ramos.

Nesse sentido, se a União, ao exercer sua competência legislativa, estabelecer que determinada conduta constitui crime, essa norma passa a integrar o conteúdo do Direito Penal, o que impede que os demais entes federados disponham sobre o mesmo conteúdo, com idênticos pressupostos, em outros ramos jurídicos.

Se uma norma federal regula determinada conduta, tipificando-a como crime, a competência legislativa foi exercida. Caso outro ente federado estabeleça o mesmo ilícito, como infração administrativa, há usurpação da competência da União, pois não mais existem os poderes implícitos necessários ao exercício da competência que lhe foi atribuída, uma vez que a tipificação da conduta, como ilícito penal, torna desnecessário o exercício da competência implícita dos demais entes em relação àquele ilícito.

A competência legislativa privativa da União, em matéria penal, também prevalece em relação à competência legislativa concorrente (ALMEIDA, F., 2010, p. 142).³⁵⁴ A competência da União para expedir normas gerais inclui sua competência para expedir normas penais referentes aos diversos temas objeto de competências legislativas concorrentes,

³⁵⁴ A jurisprudência do STF é no sentido de que a competência legislativa privativamente atribuída da União, sobre temas específicos, exclui a competência concorrente em temas mais amplos: “Direito Monetário: competência legislativa privativa da União: critérios de conversão em URV dos valores fixados em Cruzeiro Real: aplicação compulsória a Estados e Municípios, inclusive aos vencimentos dos respectivos servidores, que impede a incidência de diferente legislação local a respeito. 1. Em todas as Federações, o estabelecimento do sistema monetário foi sempre típica e exclusiva função legislativa do ordenamento central; e estabelecer o sistema monetário - escusado o óbvio - consiste primacialmente na criação e eventual alteração do padrão monetário. 2. A alteração do padrão monetário envolve necessariamente a fixação do critério de conversão para a moeda nova do valor das obrigações legais ou negociais orçadas na moeda velha; insere-se, pois, esse critério de conversão no âmbito material da regulação do ‘sistema monetário’, ou do Direito Monetário, o qual, de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, VI), se subtrai do âmbito da autonomia dos Estados e Municípios. 3. **A regra que confia privativamente à União legislar sobre ‘sistema monetário’ (art. 22, VI) é norma especial e subtrai, portanto, o Direito Monetário, para esse efeito, da esfera material do Direito Econômico, que o art. 24, I, da Constituição da República inclui no campo da competência legislativa concorrente da União, do Estados e do Distrito Federal. [...]”.** (BRASIL STF, RE 291.188/RN) (Sem destaques no original).

estipuladas no art. 24 da CRFB/88.

As legislações estaduais, distritais e municipais que se limitam a repetir condutas tipificadas como crime ou contravenção, sob a justificativa de exercerem competência legislativa privativa implícita ou concorrente, são inconstitucionais por usurparem competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Embora essa inconstitucionalidade não advenha do *ne bis in idem*, ela efetiva esse princípio.

4.3.3.3 Competências legislativas privativa e concorrente: conflitos em matéria de Direito Administrativo Sancionador

Em relação à competência concorrente, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 112) leciona que:

Além de partilhar entre os diversos entes federativos certas competências exclusivas, que cada um exerce sem participação dos demais, o constituinte demarcou uma área de competências exercitáveis conjuntamente, em parceria, pelos integrantes da Federação, segundo regras preestabelecidas. Trata-se da competência concorrente, assim tradicionalmente denominada porque, como se afirmou antes, relativamente a uma só matéria concorre competência de mais de um ente político.

São competências concorrentes: a competência legislativa estabelecida no art. 24 da CRFB/88 e a competência comum (material), enumerada no art. 23 da CRFB/88.

A competência legislativa concorrente discriminada no art. 24 da CRFB/88, é classificada pela doutrina como não cumulativa. De acordo com essa qualificação, a competência para legislar estabelece-se de forma diferenciada entre os diversos entes, que devem legislar com limites preestabelecidos. Outros autores classificam a competência concorrente cumulativa e não cumulativa em clássica e limitada, respectivamente:

A competência legislativa concorrente pode ser subdividida entre a competência concorrente clássica e competência concorrente limitada. Na competência concorrente clássica a uma das partes caberá a competência principal e à outra a competência suplementar. O ente que estiver incumbido da competência principal, ao legislar sobre matéria sujeita a este tipo de repartição, *não está limitado na intensidade de sua atuação*. [...] Já na competência concorrente *limitada* os entes sofrem uma limitação na intensidade de sua atuação, podendo legislar somente dentro dos limites estabelecidos na Constituição. (MASCARENHAS, 2002, p. 246).

A competência legislativa concorrente, prevista no art. 24 da CRFB/88, classifica-se como não cumulativa ou limitada, pois a CRFB/88 estabelece limites expressos para seu exercício em relação a cada ente que é dela titular, de forma que nenhum deles pode legislar

indiscriminadamente ou adentrar na esfera constitucionalmente atribuída aos demais. A competência concorrente cumulativa expressa é reconhecida pela doutrina nas hipóteses de delegação, previstas no art. 22, parágrafo único, da CRFB/88 (ALMEIDA, F., 2010, p. 123). A concorrência concorrente cumulativa implícita – não expressamente atribuída, implicitamente reconhecível, sem limites prévios estabelecidos – é raríssima na CRFB/88. Segundo Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 123):

Pouquíssimos serão os casos de competência dessa última espécie [competências legislativas concorrentes secundárias], correspondendo a uma competência legislativa concorrente cumulativa implícita, em que cabe à ordem central e às ordens parciais legislar sem limites prévios sobre as mesmas matérias. O exemplo que ocorre citar é o da competência que a cada centro de poder assiste para disciplinar legislativamente, se entender necessário, a forma de dar cumprimento à previsão do artigo 23, inciso I.

A competência estabelecida no art. 24 da CRFB/88 não é deferida *in totum* aos entes federados, devido à prévia delimitação da esfera de atuação de cada um. Assim, se a União adentrar “no espaço das normas específicas (salvo ao estabelecê-las para os órgãos federais)” ou se os Estados expedirem normas gerais (salvo no caso previsto no art. 24, §2º), haverá inconstitucionalidade da norma por invasão de competência destinada à outra esfera de poder (ALMEIDA, F., 2010, p. 135).

Quanto à tipificação de infrações administrativas em matérias de legislação concorrente, excluídos os ilícitos tipificados na esfera penal, que não podem ser novamente tipificados como infrações administrativas por Estados e Distrito Federal, a tradicional teoria segundo a qual todos os entes possuem competência legislativa punitiva deve ser revista.

Nesse âmbito, deve prevalecer a norma expedida de acordo com a competência constitucionalmente atribuída a cada centro de poder: se a infração administrativa encontra-se no âmbito das normas gerais, a prevalência é da norma nacional; se referente a questões específicas do tema, a tipificação incumbe aos Estados e Distrito Federal. Se o Poder Legislativo nacional não expede normas gerais, compete aos Estados fazê-lo.³⁵⁵ Não se

³⁵⁵ “[...] 5. Repartição das Competências legislativas. CF arts. 22 e 24. Competência concorrente dos Estados-membros. Produção e consumo (CF, art. 24, V); proteção de meio ambiente (CF, art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII). **No sistema da CF/88, como no das anteriores, a competência legislativa geral pertence à União Federal. A residual ou implícita cabe aos Estados que ‘podem legislar sobre as matérias que não estão reservadas à União e que não digam respeito à administração própria dos Municípios, no que concerne ao seu peculiar interesse’** (Representação nº 1.153-4/RS, voto do Min. Moreira Alves). **O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo**

admite que a mesma infração possa ser tipificada como infração administrativa pela União e pelos Estados e Distrito Federal, uma vez que não é possível que a norma tenha simultaneamente conteúdo geral e específica.

Diante da competência legislativa constitucionalmente determinada, não prevalece a teoria de que há poderes implícitos em matéria legislativa sancionadora, sob o argumento de que um ente não pode aplicar legislação “administrativa” expedida por outro, pois a tipificação de condutas não é matéria exclusivamente administrativa. Embora essa teoria fosse aplicável na vigência da Constituição anterior (ALMEIDA, F., 2010, p. 118), ela é contrária à expressa determinação da CRFB/88 quanto à legislação concorrente.³⁵⁶

Os parágrafos do art. 24,³⁵⁷ ao delimitarem a competência legislativa concorrente de cada ente, demonstram que a CRFB/88 não admite o exercício concomitante do mesmo conteúdo legislativo pelos entes federados. Consoante determinam esses dispositivos, à União compete estabelecer normas gerais e aos Estados a competência suplementar.

Caso a União não expeça as normas gerais que lhe compete, os Estados e o Distrito Federal têm competência para regular de forma plena a matéria. Essa competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal impede a existência de tipificação de infrações administrativas gerais por Decreto do Poder Executivo Federal, sobre os temas enumerados no art. 24.

A CRFB/88 determina, em seu art. 48, que “Cabe ao Congresso Nacional, com a

sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; e (2) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda, para a definição de peculiaridades regionais. Precedentes. 6. Da legislação estadual, por seu caráter suplementar, se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta. Norma estadual que proíbe a fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou produtos à base de amianto está em flagrante contraste com as disposições da Lei federal nº 9.055/95 que expressamente autoriza, nos seus termos, a extração, industrialização, utilização e comercialização da crisotila. [...]” (BRASIL, STF, ADI 2.396 MC/MS) (Sem destaques no original).

³⁵⁶ “Sob o regime da Constituição Federal anterior, de 1967/69, a competência *administrativa* resultava direta e necessariamente da respectiva competência legislativa. Portanto, uma Administração não podia agir para executar as normas de uma outra esfera política. Por outro lado, nenhum Estado poderia – por exemplo – prescrever aos seus municípios o procedimento administrativo a observar em seus atos. Segundo a teoria dominante no Brasil, tal regulamentação iria abusar das prefeituras, reduzidas a ‘intermediários burocráticos’. Apenas em casos de emergência foi concedido às prefeituras o direito de executar também leis superiores.” (KRELL, 2003, p. 55).

³⁵⁷ “Art. 24. [...] §1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. §2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. §3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. §4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União”. A competência legislativa concorrente atribuída à União somente pode ser exercida pelo Congresso Nacional, pois a competência não exercida por esse órgão é constitucionalmente atribuída aos Estados e ao Distrito Federal. Assim, em relação a essas matérias, a delegação ao Poder Executivo mostra-se inconstitucional, uma vez que o Congresso Nacional não pode delegar ao Chefe do Executivo Federal competência que a CRFB/88 atribui aos Estados e ao Distrito Federal.

Nesse sentido, o Decreto Federal 6.514/2008, que estabelece infrações administrativas ambientais, é inconstitucional por invadir esfera de competência que a CRFB/88 e a Lei 9.605/98 atribuem aos Estados e ao Distrito Federal. Como essa lei apenas estabelece normas gerais, referentes às infrações administrativas ambientais (art. 70 e seguintes da Lei 9.605/98), a competência para tipificar as infrações administrativas é dos Estados e do Distrito Federal.

Não se pode desconhecer a dificuldade de se determinar um conceito de normas gerais que permita estabelecer, previamente, o conteúdo que tais normas devem ter. Embora diversos autores tenham qualificado essas normas pelo lado positivo ou, em sua maioria, pelo lado negativo, não se pode negar que:

Na prática, porém, não vemos como evitar uma certa dose de subjetivismo na identificação das normas gerais, o que sempre acabará suscitando conflitos de competência. Daí avultar na espécie, o papel de árbitro do Supremo Tribunal Federal. De sua interpretação construtiva muito dependerá, com certeza, a eficácia do sistema de repartição de competências, no que diz com essa delicada e fundamental questão. (ALMEIDA, F., 2010, p. 133).

Incumbe ao STF determinar – ainda que casuisticamente – se as normas expedidas pela União qualificam-se ou não como gerais, a fim de delimitar sua competência em relação à dos demais entes federados. O que não se admite é o exercício simultâneo pelos diversos entes federados de competências que a CRFB/88 estabelece de forma restrita.

Quanto ao conflito em normas de Direito Administrativo Sancionador em temas de competência legislativa privativa, deve prevalecer, exclusivamente, a norma expedida pelo ente competente para legislar sobre o tema. Assim, a tipificação de condutas, como infração administrativa por um ente, em relação a temas cuja competência legislativa foi atribuída a outros, leva à inconstitucionalidade da norma por invasão de competência. Se a competência é privativa, mesmo a omissão do ente competente não autoriza outro a expedir norma que regule o tema.

4.3.3.4 A competência municipal e seus limites em matéria de Direito Administrativo Sancionador

Quanto à competência dos Municípios, para exercerem a função legislativa sobre os temas referidos no art. 24 da CRFB/88, a doutrina leciona que:

A leitura do *caput* do artigo 24 mostra que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não se mencionando os Municípios entre os aquinhoados. Isso não significa que estes estejam excluídos da partilha, sendo-lhes dado suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme dispõe o art. 30, II, da Constituição. Como dissemos antes, trata-se de modalidade de competência legislativa concorrente primária, porque prevista diretamente na Constituição, mas diferente da competência concorrente primária que envolve a União e os Estados. É diferente porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência suplementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local. (ALMEIDA, F., 2010, p. 139).

A competência legislativa dos Municípios, sobre esses temas, limita-se a suplementação da legislação federal e/ou estadual, portanto, apenas pode ser exercida em caso de ausência de normas federais ou estaduais, ou para a discriminação de conteúdo dessas normas a fim de atender ao interesse local. Os Municípios não possuem competência para legislar de forma ampla sobre os temas enumerados no art. 24 da CRFB/88, pois sua competência legislativa é determinada pelo art. 30, II, da CRFB/88 que a limita ao “que couber” (ALMEIDA, F., 2010, p. 139). Fernanda Dias Menezes de Almeida (2010, p. 139 et seq.) expõe sobre os limites do exercício da competência legislativa municipal:

O próprio artigo 30, II, esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber. É preciso, pois, verificar quando cabe essa legislação. Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em relação a assuntos que digam respeito ao interesse local. [...] Partindo dessa premissa, examinaremos a matéria por partes separando as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar as competências materiais privativas do Município ou para atuar competências materiais comuns. Em relação à primeira hipótese, terá cabimento a legislação municipal suplementar quando o exercício da competência material privativa do Município depender da observância de norma heterônoma. Isto poderá ocorrer em relação à legislação federal e à legislação estadual. Quanto à legislação federal, o Município complementarará ou suprirá normas gerais da União ao exercer, por exemplo, a competência privativa de instituir os próprios tributos. De fato, a instituição de tributos, por qualquer das esferas, se deve pautar pelas normas gerais de Direito Tributário postas pela União. [...] No que se refere à suplementação de legislação estadual pelo Município ela será possível também quando o exercício da competência material privativa se condicionar à observância de legislação do Estado. O artigo 30, IV, fornece exemplo dessa situação, ao

prever que ao Município compete criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual. [...] No âmbito das competências materiais comuns, que pressupõem para o seu exercício a competência legislativa concorrente prevista no artigo 24, a questão da legislação municipal suplementar fica mais delicada. Parece-nos que a competência conferida aos Estados para complementarem as normas gerais da União não exclui a competência do Município de fazê-lo também. Mas o Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar essas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais. Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes. (ALMEIDA, F., 2010, p. 139 et seq.).

A jurisprudência do STF, com a vigência da CRFB/88, consolida-se, nesse sentido, e firma o entendimento de que os Municípios não detêm competência concorrente própria.³⁵⁸ Segundo esse Tribunal, o exercício da função legislativa pelos Municípios, em relação às matérias listadas no art. 24 da CRFB/88, está condicionado à presença do interesse local e é limitado pelas normas expedidas pela União e pelos Estados, pois as normas municipais não podem contrariar o disposto nessas normas.³⁵⁹

Como, em relação aos temas objeto de competência legislativa concorrente (art. 24 da CRFB/88), os Municípios devem para suplementar a legislação federal e estadual, eles não têm competência para expedir normas em relação a temas já regulados pela União e pelos Estados em matéria concorrente. Ausente a regulação federal ou estadual, os Municípios podem legislar sobre esses temas, se presente o interesse local.³⁶⁰

³⁵⁸ “[...] Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direitos do consumidor. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL, STF, RE 590.015 AgR/RJ).

³⁵⁹ “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. COMERCIALIZAÇÃO DE ÁGUA MINERAL. TEOR DE FLÚOR. RESTRIÇÃO À SUA COMPOSIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DISCIPLINADA POR LEI FEDERAL. 1. A decisão agravada aplicou entendimento fixado pela 2ª Turma desta Corte no julgamento do RE 596.489-AgR/RS, rel. Min. Eros Grau, DJe 20.11.2009, o qual declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal 8.640/2000. 2. No caso, **padece de inconstitucionalidade a lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em regramento de âmbito nacional.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL, STF, RE 477.508 AgR/RS) (Sem destaques no original).
No mesmo sentido: BRASIL, STF, RE 596.489 AgR/RS.

³⁶⁰ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de

Contudo, mesmo presente o interesse local, a competência, legislativa ou material, privativa atribuída aos Municípios pode estar condicionada a regramento nacional, federal ou estadual.

A competência legislativa municipal privativa – “legislar sobre interesse local” – é limitada pela competência privativa da União e dos Estados, pois, ainda que presente o interesse local, os Municípios não podem legislar sobre matéria privativamente atribuída a esses entes.³⁶¹ A competência legislativa privativa dos Municípios pode estar subordinada, pela CRFB/88, a normas expedidas pela União e pelos Estados-membros.

No sistema de repartição de competências, estabelecido pela CRFB/88, os Municípios não possuem ampla quanto à competência material, atribuída no art. 23. Embora esse dispositivo regulamente a competência material, alguns autores extraem dele competências legislativas para os entes federados, sob o fundamento de que essas atividades se conectam com o exercício do poder de polícia.³⁶²

Essa competência legislativa implícita não encontra guarida no texto da CRFB/88, pois há competências materiais atribuídas a entes federados que não dispõem de competência legislativa sobre o tema.³⁶³ O exercício da competência material demanda normas que o

05/10/1988).

³⁶¹ “LEIS 10.927/91 E 11.262 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. SEGURO OBRIGATÓRIO CONTRA FURTO E ROUBO DE AUTOMÓVEIS. SHOPPING CENTERS, LOJAS DE DEPARTAMENTO, SUPERMERCADOS E EMPRESAS COM ESTACIONAMENTO PARA MAIS DE CINQUENTA VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Município de São Paulo, ao editar as Leis 10.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinados a estacionamentos, com número de vagas superior a cinquenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguros, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal. 2. **A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados.** O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido.” (BRASIL, STF, RE 313.060/SP) (Sem destaques no original).

³⁶² “Há autores que compreendem esse dispositivo como uma atribuição expressa de um poder de polícia preventivo e repressivo para os municípios nessas áreas. Outros entendem a listagem das competências do art. 23 como ‘medida pedagógica’, mediante a qual se pretende mostrar à esfera local, de maneira clara e irreversível, o seu importante papel na solução dessas tarefas tão significativas em nível nacional. Outros, ainda, alegam que o art. 23 faculta ao Poder Público também a edição de normas legais que sejam diretamente necessárias para a realização das tarefas de que trata, como, por exemplo, o estabelecimento e a organização de órgãos administrativos.” (KRELL, 2003, p. 60).

³⁶³ “Embora inexista um regulamento corresponde ao art. 23 nas Cartas anteriores, já antes de 1988 a maioria dos municípios brasileiros vinham desenvolvendo atividades nas áreas ali enumeradas, com base em seu tradicional *poder de polícia*. Houve, porém, uma falta de clareza a respeito das possibilidades de ação da esfera local. Podemos observar que a Constituição de 1988 teve a intenção de abandonar – pelo menos parcialmente – a estrita separação administrativa entre os diferentes entes federativos quando passou a discriminar, separadamente, as competências *administrativas* das três esferas estatais, que não são mais

regulem, todavia essas normas devem ser expedidas pelos entes competentes para legislar sobre os temas correlatos, consoante a distribuição de competência legislativa estabelecida pela CRFB/88. Nesse sentido:

[...] o fato é que as leis complementares de que se espera a orientação sobre a forma concertada de atuação das entidades federativas não poderão desatender as regras constitucionais de repartição de competências que, estas sim, efetivamente comandam e limitam a colaboração na espécie. Referimo-nos, em particular, às regras de competência legislativa pelas quais se haverá de pautar a regulamentação normativa, que é pressuposto para o exercício das competências materiais comuns. Ora, essas regras sinalizam, no caso, para a preponderância da União. De fato, como se percebe pelo cotejo dos artigos 23 e 24, as leis que servirão de embasamento para a execução das tarefas comuns serão, em sua maior parte, fruto de competência legislativa concorrente, em que caberá à União editar normas gerais e às demais esferas a legislação suplementar. [...] Isso quando a competência material comum não se tiver de exercer de acordo com lei federal editada no uso de competência legislativa privativa, hipótese em que a União estabelecerá normas gerais e específicas, legislando integralmente sobre a matéria. (ALMEIDA, F., 2010, p. 116).

A competência comum atribuída aos entes federados conecta-se à competência legislativa, privativa ou concorrente, que lhes é atribuída por outros dispositivos constitucionais, especialmente pelos arts. 21, 22, 24, 25, §1º, e 30 da CRFB/88. O exercício de todas as competências estabelecidas no art. 23, com exceção do inciso I, é limitado pela atribuição da competência legislativa às diversas pessoas políticas. É mister salientar que:

A expressa distinção entre as competências legislativas, de um lado, e as administrativas, de outro, também não faria qualquer sentido se cada esfera política continuasse podendo executar meramente as suas próprias normas. Os 12 incisos do art. 23 seriam simplesmente supérfluos se esta competência administrativa existisse somente em conexão com os respectivos poderes de legislar, como foi o caso durante a vigência das Constituições brasileiras anteriores. (KRELL, 2003, p. 61).

A maior parte das competências comuns previstas no art. 23 é objeto de competência legislativa concorrente estabelecida no art. 24 da CRFB/88. Assim, a

coincidentes (congruentes) com as competências *legislativas*, o que acontecia antes de 1988. Sem dúvida, os convênios administrativos continuaram lícitos também sob o novo regime constitucional. Entretanto, questiona-se, porém, em que medida a celebração de convênios ainda é um *pressuposto obrigatório* para que os municípios possam aplicar e executar normas jurídicas dos entes superiores do Estado. Há autores que acentuam a *vantagem* de que as Administrações municipais na execução de medidas protetoras ao meio ambiente agora ‘possam recorrer a normas superiores’.” (KRELL, 2003, p. 60).

competência comum prevista no **art. 23, II**,³⁶⁴ tem como correspondente a legislativa estabelecida no art. 24, XII e XVI³⁶⁵. Da mesma forma, a competência prevista no **art. 23, III e IV**,³⁶⁶ tem como correspondente a legislativa prevista no art. 24, VII.³⁶⁷ A competência estabelecida no **art. 23, VI e VII**,³⁶⁸ deve ser exercida em consonância com as normas expedidas pela União e pelos Estados, conforme previsão do art. 24, VI e VII.³⁶⁹

Outras competências comuns, estabelecidas no art. 23, devem ser exercidas por todos os entes com base em normas privativamente expedidas pela União e em normas concorrentemente expedidas pela União, Estados-membros e Distrito Federal, nos limites estabelecidos no art. 24. Assim, ocorre em relação à competência comum prevista no **art. 23, V**,³⁷⁰ cujo exercício se pautará por normas expedidas de forma concorrente pela União, Estados e Distrito Federal, conforme previsão no art. 24, IX,³⁷¹ e de normas expedidas pela União, conforme estabelecido no art. 22, XXIV.³⁷² O exercício da competência comum prevista no **art. 23, VIII**,³⁷³ deve ter por base normas expedidas pela União de forma

³⁶⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁶⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; [...] XV - proteção à infância e à juventude [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁶⁶ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁶⁷ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁶⁸ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁶⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷¹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino e desporto [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]XXIV - diretrizes e bases da educação nacional [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷³ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

privativa, consoante determina o art. 22, I,³⁷⁴ e normas expedidas no exercício da competência concorrente prevista no art. 24, V.³⁷⁵

Em outras hipóteses, o exercício da competência comum terá por base, exclusivamente, normas expedidas, de forma privativa, pela União. Nesses casos, impõe-se aos demais o exercício dessas competências e a aplicação de normas nacionais. Nesse sentido, o exercício da competência prevista no **art. 23, IX**,³⁷⁶ deve se pautar por normas expedidas pela União nos termos do art. 21, IX e XX³⁷⁷. A competência prevista no **art. 23, X**,³⁷⁸ será exercida com base em normas expedidas de forma privativa da União, conforme previsão do no art. 21, IX.³⁷⁹ Da mesma forma quanto à competência prevista no **art. 23, XI**,³⁸⁰ cujo exercício se pauta por normas privativas nacionais, nos termos do art. 21, XIX.³⁸¹ Por fim, a competência estabelecida no **art. 23, XII**,³⁸² deve ser exercida em consonância com as normas expedidas pela União no exercício de sua competência privativa prevista no art. 22, IX e XI.³⁸³

A competência material é constitucionalmente atribuída a todos os entes, de forma que eles estão obrigados a aplicar a norma punitiva expedida pelo ente competente para

³⁷⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V - produção e consumo [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁶ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁷ “Art. 21. Compete à União: [...] IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; [...]XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁸ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁷⁹ “Art. 21. Compete à União: [...] IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁸⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁸¹ “Art. 21. Compete à União: [...] XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁸² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

³⁸³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IX - diretrizes da política nacional de transportes; [...] XI - trânsito e transporte; [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

regular a matéria.³⁸⁴ Contudo, o(s) ente(s) federado(s) competente(s) para legislar(em) sobre os temas do art. 23 não pode(m) excluir os demais do exercício da competência material, pois essa é constitucionalmente atribuída a todos.

Portanto, não é vedada aos Estados, Distrito Federal e Municípios a aplicação de legislação nacional ou aos Municípios a aplicação da legislação estadual que estabeleça infrações administrativas. Pelo contrário, há determinação constitucional nesse sentido.

Não é possível afirmar que o art. 23 simplesmente faculta aos Municípios a utilização das normas federais e estaduais, que se entendia proibida no sistema anterior.³⁸⁵ A CRFB/88 veda o exercício de competência legislativa municipal na existência de norma expedida pelo ente competente e veda também a competência legislativa estadual e distrital para a expedição de normas gerais da competência concorrente, se existir a norma nacional. Embora parte da doutrina defenda a impossibilidade de aplicação de legislação administrativa de um ente por outro, essa prática, há muito, se tornou rotineira na *praxis* brasileira, o que pode ser facilmente constatado, por exemplo, no que concerne às normas sobre licitação ou processo administrativo (KRELL, 2003, p. 61).

Nesse campo, a competência legislativa dos entes federados limita-se à expedição de normas relativas a sua organização interna, por exemplo: delimitação das competências de seus agentes, forma dos processos administrativos de aplicação de penalidades, etc.

Quanto às matérias cuja competência legislativa é concorrente, seu exercício se dará na forma prevista na CRFB/88, motivo pelo qual não se aceita a possibilidade de duplas tipificações do mesmo ilícito. A norma que tipifica um ilícito ou é geral, e a repetição dela pelo Estado caracteriza invasão de competências da União, ou é específica, o que impossibilita sua tipificação pela legislação nacional.

A norma punitiva não pode ser, ao mesmo tempo, geral (inserida no âmbito de competência da União) e específica (competência típica dos Estados). Nesse campo, os

³⁸⁴ Em sentido contrário: “No Brasil, a *competência de polícia* (=aplicação da lei) pertence normalmente à esfera federativa que tiver o direito de regular a respectiva matéria. Todavia, como certas atividades interessam simultaneamente aos três níveis estatais, pela sua extensão a todo o território nacional (v.g. saúde pública, trânsito, transportes, etc.), o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as Administrações interessadas. A regra, entretanto, é a exclusividade do policiamento administrativo; a exceção é a sua concorrência. Entretanto, parece-nos duvidoso deduzir do preceito do poder de polícia administrativa a conclusão de que os municípios sempre sejam *obrigados* a executar qualquer lei federal ou estadual quando o seu ‘interesse local’ for atingido”. (KRELL, 2003, p. 69).

³⁸⁵ Em sentido contrário: “Nas áreas discriminadas pelo art. 23, agora fica ao critério das prefeituras executar também normas federais ou estaduais quando julgarem necessário. [...] O art. 23 da CF, segundo o nosso entendimento, *faculta* às prefeituras aplicar as leis e decretos de nível superior, entretanto, temos dúvidas se essa norma estabeleceu, por si só, um verdadeiro *dever* jurídico.” (KRELL, 2003, p. 62).

Estados estariam habilitados a exercer a competência fiscalizatória e punitiva em relação a normas expedidas pela União, sem necessidade de repetir, em seus textos legislativos, os dispositivos da legislação federal.

Nesses casos, a competência para tipificar infrações é limitada pela natureza da norma (geral ou especial) e pela inexistência de normas gerais, no caso de concorrência entre União e Estados. Se o exercício da competência comum tem por base competência legislativa privativa da União, que não estabeleceu infrações administrativas, os demais entes não têm competência para estabelecê-las.

Em tema de competência legislativa, há verdadeira vedação ao Poder Legislativo de estabelecer normas punitivas em matéria afeta a outros entes. Insere-se, nessa vedação, a tipificação como infrações administrativas de condutas tipificadas como infrações penais pela União, tendo em vista que essa competência lhe é expressamente atribuída pela CRFB/88. Também é vedado que um ente estabeleça normas punitivas, na esfera administrativa, em relação à competência privativa dos demais, ressalvada a competência da União para legislar sobre direito penal.

O Poder Legislativo se encontra limitado por preceitos constitucionais em termos de competência legislativa e essa limitação efetiva o *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa.

5 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS

Considerando que o *ne bis in idem* também vincula o aplicador da norma, e que a inexistência de tipificações com idênticos pressupostos nas diversas instâncias não excluem o concurso aparente entre essas normas, impõe-se o estudo dos requisitos necessários a incidência desse princípio no processo de aplicação das normas.

5.1 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO *NE BIS IN IDEM*

O *ne bis in idem* impede a dupla punição se caracterizada a identidade de sujeito, fatos e fundamento. José Cid Moliné (1996, p. 163, tradução livre³⁸⁶) destaca que a aplicação do *ne bis in idem* requer a presença de três requisitos: “a) a existência de uma pessoa; b) que realiza um comportamento; e c) que as duas (ou mais) normas que regulam esse comportamento tenham o mesmo fundamento”.

A enunciação desses requisitos demonstra que não é possível analisar a aplicação do *ne bis in idem* sem adentrar no tema do concurso aparente de normas, pois esse princípio apenas se aplicará se o mesmo ilícito for regulado por mais de uma norma jurídica. Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 54, tradução livre³⁸⁷) se manifesta nesse sentido, ao destacar que, “na realidade, o âmbito de aplicação do *ne bis in idem* coincide em essência com o do concurso de normas, enquanto que, no caso de concurso de infrações, não resulta aplicável. Por esta via consegue-se aportar alguma claridade ao âmbito de aplicação do *ne bis in idem*”.

A doutrina destaca que o *ne bis in idem* impede a dupla punição pelos mesmos fatos, mas não oferece meios para, diante das diversas normas concorrentes, estabelecer a norma aplicável e excluir as demais.

É necessário, portanto, identificar as situações em que se configurará o concurso aparente de normas penais e administrativas ou de normas administrativas e as situações em que a aplicação concomitante de mais de uma norma é cabível, por não se estar diante dos mesmos sujeitos, fatos e fundamentos. Essas hipóteses configuram o concurso de infrações.

No Brasil, os critérios para a solução do concurso aparente de normas penais

³⁸⁶ No original: “El supuesto de hecho del principio requiere de tres requisitos: a) la existencia de una persona; b) que realiza un comportamiento; y c) que las dos (o más) normas en las que resulta subsumible el citado comportamiento tengan el mismo fundamento.”

³⁸⁷ No original: “[...] en realidad, el ámbito de aplicación del *non bis in idem* coincide en esencia con el del concurso de normas, mientras que en caso de concurso de infracciones no resulta aplicable. Por esta vía se consigue aportar alguna claridad al ámbito de aplicación del *non bis in idem*”.

foram desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que a legislação penal não os estabelece. A construção doutrinária e jurisprudencial desses critérios demonstra que, aceita a interdependência entre as esferas, é possível, com a finalidade de efetivação do *ne bis in idem*, estabelecer critérios para aplicação da lei nos casos de concurso aparente entre normas penais e administrativas ou de normas administrativas.

Contudo, o estudo do concurso aparente entre normas penais e administrativas, de normas administrativas e a estipulação de critérios para a solução desse concurso, além da análise do conceito de **unidade de fato**, deve estabelecer as hipóteses em que há o mesmo sujeito e o mesmo fundamento jurídico. Fábio Medina Osório (2005, p. 358 et seq.) já se manifestou quanto a essa dificuldade ao assentar que:

O *non bis in idem* emerge de um panorama composto por muitas variáveis, v.g., um fato, várias normas jurídicas, várias instâncias competentes, distintas óticas e interesses, vários processos, várias sanções, algumas repetidas, outras não, momentos diversos, ambientes e conseqüências díspares. A realidade subjacente ao princípio em exame é aparentemente singela, porém revela uma complexidade perturbadora, que perpassa a própria Teoria Geral do Direito, até alcançar o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Sancionador.

O estudo do concurso aparente de normas penais e administrativas e de normas administrativas é necessário porque a delimitação da norma aplicável, com base na competência legislativa de cada ente, não impede a existência de normas administrativas válidas em relação a normas penais ou administrativas que regulam a mesma conduta de forma diversa. Isso porque a invalidade da norma apenas existe se são idênticos os pressupostos das normas punitivas incidentes sobre a mesma conduta.

Contudo, existem situações em que, embora as normas tenham elementos comuns, uma delas possui elementos específicos ou os fatos que a elas se subsumem ocorrem em situações que se caracterizam autonomamente – como ilícitos distintos. Nesses casos, não é possível estabelecer a inconstitucionalidade de uma das normas, pois os pressupostos autônomos, que possuem, justificam sua existência no ordenamento jurídico. Nessas situações, é necessário estabelecer critérios objetivos que permitam selecionar a norma aplicável ou mesmo identificar se é o caso de aplicação de ambas.

A fim de estabelecer esses critérios, é necessário determinar o conteúdo dos requisitos de aplicação do *ne bis in idem*: identidade de sujeito, fatos e fundamentos.

5.1.1 Identidade de sujeito

A doutrina reconhece que esse requisito é o menos problemático (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509), mas aponta situações jurídicas que podem dificultar o reconhecimento da identidade do sujeito. Sobre o tema, Maria Lourdes Ramirez Torrado (2008, p. 227 et seq., tradução livre³⁸⁸) leciona que, para caracterização do *bis in idem* vedado, o ordenamento jurídico espanhol:

[...] exige que o sujeito passivo sobre o qual haja recaído ou possa recair uma dupla sanção ou um segundo processo sancionador seja a mesma pessoa, com independência do título de culpabilidade que resulte da aplicação da sanção. Por consequência, basta identificar as características físicas e a identidade do sujeito.

Segundo essa caracterização, o *ne bis in idem* não impede a punição de várias pessoas por sua participação individual em um mesmo ilícito (SOTOMAYOR, 2008, p. 42), nem se considera a identidade da vítima para a análise da identidade de sujeito (CORIA, 2007, p. 317).

Caracterizar a identidade de sujeito com base nas características físicas ou na identidade da pessoa natural parece estabelecer um padrão objetivo que permita identificar as hipóteses em que o *ne bis in idem* será aplicado por identidade de sujeito. Contudo, essa não é a situação, pois esse requisito pode ser caracterizado com base na identidade da pessoa natural, ou sobre o prisma jurídico, pois existem situações em que a pessoa natural atua sob distintos fundamentos ou títulos jurídicos. Segundo a doutrina:

Nessas situações, a identidade subjetiva não é circunscrita com base nas características que tornam um indivíduo único e que o identificam em relação aos demais; a referida identidade poderá decorrer, igualmente, dos supostos em que dois ou mais sujeitos se encontram vinculados por meio de determinada relação que obrigue a Administração a considerá-los como um só sujeito. Com isso, referimo-nos à identidade subjetiva no plano jurídico. (TORRADO, 2008, p. 228, tradução livre³⁸⁹).

³⁸⁸ No original: “[...] exige que el sujeto pasivo sobre el que haya recaído o puede recaer una doble sanción o un segundo proceso sancionador sea la misma persona, con independencia del título de culpabilidad que resulte de la aplicación. Por consecuencia, basta con corroborar las características físicas e identidad del sujeto.”

³⁸⁹ No original: “Entonces la identidad en comento, no se circunscribirá a los rasgos que hacen a un individuo como único e irrepetible y que lo identifican y diferencian de otro, sino que la referida igualdad se podrá predicar, igualmente, en aquellos supuestos en que dos o más sujetos se encuentran vinculados a través de determinada relación que obligue a la Administración a considerarlos como uno solo sujeto. Con esto nos referimos a la identidad subjetiva desde un plano jurídico.”

Como a ordem jurídica regula a conduta das pessoas com base nas relações que estabelecem, e as sanções se aplicam às pessoas que integram determinada posição social juridicamente regulada, a identidade subjetiva deve ser analisada sob o prisma jurídico. Existem situações em que, embora existam duas pessoas no plano físico, há identidade subjetiva no plano jurídico, como nos casos em que lei admite a sub-rogação subjetiva (TORRADO, 2008, p. 229 et seq.).³⁹⁰

A análise da identidade de sujeitos sob o prisma jurídico leva a que o *ne bis in idem* tenha sua aplicação limitada pela discricionariedade legislativa, pois a norma jurídica pode estabelecer hipóteses que afastam a identidade subjetiva (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509 et seq.); contudo, essa discricionariedade se limita pela necessidade de que a sanção recaia sobre uma pessoa obrigada ao cumprimento de um dever jurídico anteriormente imposto.

O principal problema apontado pela doutrina é a **imposição de sanções a pessoas naturais e jurídicas pelo mesmo fato**, nas hipóteses em que a pessoa natural atua em representação ou gestão da pessoa jurídica (CORIA, 2007, p. 317; TORRADO, 2008, p. 254). Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 42, tradução livre³⁹¹) explica que:

³⁹⁰ No Brasil, essa situação ocorre, especialmente, em relação às obrigações tributárias e trabalhistas. “Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação; III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão. Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual. Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.[...]” (BRASIL, Código Tributário Nacional).

“Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] §2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.” (BRASIL, Consolidação das leis do Trabalho).

³⁹¹ No original: “Por exigirse la identidad subjetiva, el *non bis in idem* permite el castigo a diversos sujetos por

Por exigir a identidade subjetiva, o *ne bis in idem* permite a punição de diversos sujeitos por sua pessoal e diversa participação no mesmo ilícito. [...] Os problemas que surgem giram em torno das sanções punitivas impostas a pessoas jurídicas e a pessoas naturais que atuam por elas. Como são pessoas distintas, segundo a regra geral, não vulneram o *ne bis in idem* as numerosas leis que preveem sanções administrativas tanto para a pessoa jurídica como para as pessoas naturais que ocupam seus cargos de direção ou administração ou, ainda, para certos empregados.

Como, sob o prisma jurídico, as pessoas naturais têm existência diversa das pessoas jurídicas que representam, que compõem ou em nome de quem atuam, regra geral, há o afastamento da proibição de *bis in idem* sempre que as sanções, pelos mesmos fatos, sejam dirigidas às pessoas naturais e às pessoas jurídicas. Essa posição não é aceita pacificamente na doutrina espanhola, pois alguns autores defendem a necessidade de modulações em sua aplicação:

Em nossa opinião, aplicar esta doutrina sem modulações pode menoscabar gravemente a proibição da dupla punição; sobretudo, quando se pune a pessoa natural por ser administradora ou representante da pessoa jurídica, em virtude do art. 31 do Código Penal [Espanhol]. Poderia ocorrer que se castigasse duas vezes o mesmo, só que, em um caso, mantendo a ficção da personalidade jurídica e, em outro, prescindindo dela. Para que, realmente, não haja vulneração do *ne bis in idem*, é necessário que a pena imposta à pessoa natural e a sanção irrogada à pessoa jurídica expressem reprovação distinta, antijuridicidade e culpabilidade não coincidentes. Se não é assim, se chocará com a proibição de *ne bis in idem* ainda que formalmente a condenação penal e a resolução sancionadora administrativa recaiam sobre pessoas distintas. (SOTOMAYOR, 2008, p. 43, tradução livre³⁹²).

Da mesma forma, Maria Lourdes Ramirez Torrado (2008, p. 256, tradução livre) defende que viola o *ne bis in idem* a aplicação de uma sanção punitiva à pessoa jurídica, e

su personal y diversa participación en el mismo ilícito. [...] Los que surgen giran en torno a los castigos impuestos a personas jurídicas y a las personas físicas que actúan por ellas. Como son personas distintas, por regla general no vulneran el *non bis in idem* las numerosas leyes que prevén sanciones administrativas tanto para la persona jurídica como para las personas físicas que ocupan sus cargos de dirección o administración o, incluso, para ciertos empleados.”

³⁹² No original: “En nuestra opinión, aplicar esta doctrina sin matices puede menoscabar gravemente la prohibición del doble castigo; sobre todo, cuando se pena a la persona física por ser administradora o representante de la persona jurídica en virtud del art. 31 del Código Penal. Podría suceder que se castigase dos veces lo mismo, sólo que, en un caso, manteniendo la ficción de la personalidad jurídica y, en el otro, prescindiendo de ella. Para que, de verdad, no haya vulneración del *non bis in idem*, es necesario que la pena impuesta a la persona física y la sanción irrogada a la persona jurídica expresen un reproche distinto, una antijuridicidad y una culpabilidad non coincidentes. Si no es así, se chocará con la prohibición de *non bis in idem* aunque formalmente la condena penal y la resolución sancionadora administrativa recaigan sobre personas distintas.”

outra à pessoa natural, nas hipóteses em que esta atua como representante e executora da vontade da pessoa jurídica, pois, neste caso, “o indivíduo não atuou por sua conta, mas como representante e executor da vontade da empresa”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a identidade de sujeito, nas hipóteses em que a lei prevê a punição da pessoa natural e da pessoa jurídica pelos mesmos fatos, deve ser analisada com base no sujeito que, efetivamente, suporta a sanção. Caso a aplicação da pena às pessoas naturais e jurídicas sejam suportadas pela(s) mesma(s) pessoa(s) natural(is), haverá a proibição de dupla sanção, o que não ocorrerá se a sanção for suportada por pessoas diversas.

Nessa segunda hipótese, uma das sanções será dirigida individualmente à pessoa natural que, efetivamente, atuou contrariamente à norma; enquanto a outra será dirigida e suportada pela pessoa jurídica e, em última instância, pelas pessoas naturais que a integram na condição de sócios ou acionistas. Como a sanção recairá sobre pessoas diversas, não há identidade de sujeito que impeça a imposição de sanções às pessoas naturais e jurídicas: as primeiras sancionadas diretamente e as segundas, por imputação. Essa identidade, todavia, existirá, se a sanção for imputada à pessoa jurídica e a seus sócios ou acionistas, pois, neste caso, a sanção imposta à pessoa jurídica recai também sobre as pessoas naturais que a integram e são por essas suportadas.

Paulo Roberto Coimbra e Silva (2007, p. 307) apresenta as dificuldades existentes, no ordenamento jurídico brasileiro, em relação às infrações penais e administrativas e tributárias, nas hipóteses em que os destinatários das sanções são pessoas naturais e jurídicas:

Constatando-se a prática de uma única conduta ilícita sob a mira de diferentes normas sancionadoras, para que seja aplicável o *ne bis in idem*, imprescindível verificar se o(s) sujeito(s) ativo(s) da infração é(são) a(s) mesma(s) pessoa(s). Essa questão pode tomar proporções dilatadas quando as normas sancionadoras voltadas à infração pertencem a diferentes ramos do Direito, *v.g.*, uma tributária e uma penal. Inicialmente, há que se frisar ser necessária a identidade do infrator, e não da pessoa sujeita à sanção, porquanto se no Direito Penal o princípio da pessoalidade da pena bane a possibilidade de punição de pessoa diversa do infrator, na seara do Direito Tributário admite-se, em hipóteses excepcionais, a exemplo da sucessão empresarial (art. 132 do CTN), a transcendentalidade da responsabilidade por infrações. A par da transmissibilidade ou não da sanção, outro relevante aspecto que se impõe é a diversidade de destinatários de penas e das sanções tributárias não-delituosas, pois no Direito Penal, sem embargo das opiniões em contrário, ainda parece prevalecer a tradicional regra *societas delinquere non potest*, que exclui as pessoas jurídicas do rol dos sujeitos penalmente responsáveis. É cediço que no âmbito do Direito Tributário Sancionador a

questão encontra solução diametralmente oposta, porquanto nele, não existindo a previsão de penas privativas de liberdade, as pessoas jurídicas podem ser, e sistematicamente são, responsabilizadas por infrações à legislação tributária. A *questio* resume-se, pois, em saber se é possível punir uma pessoa natural e, ao mesmo tempo, a pessoa jurídica por ela representada em razão de uma única conduta ilícita.

A tese advogada por Paulo Roberto Coimbra e Silva, no sentido de caracterizar a identidade do sujeito com base no autor da infração, não merece acolhida. Isso porque a responsabilidade pessoal, corolário do princípio da individualização das penas, impede que outra pessoa, que não aquela a quem a ordem jurídica atribui responsabilidade por uma obrigação legal, seja sujeito de uma sanção punitiva.

As sanções punitivas atribuídas às pessoas jurídicas não afastam o princípio da individualização das penas, pois sua atuação ocorre por imputação de condutas humanas a elas. Dessa forma, as pessoas jurídicas somente são sujeitas ativas de condutas infracionais devido à imputação a elas de ações e omissões de pessoas naturais – trata-se, portanto, de conduta atribuída à pessoa jurídica, como ação própria delas.

A questão aqui discutida é se a conduta será atribuída à pessoa jurídica ou se será suportada individualmente pela pessoa natural. Há situações em que a ordem jurídica atribui condutas das pessoas naturais às pessoas jurídicas e exclui a responsabilidade da pessoa natural pela atuação. Em outras hipóteses, a ordem jurídica impõe a mesma obrigação a ambas (pessoa natural e jurídica), de forma que, configurado o ilícito, a sanção é imposta à pessoa jurídica, em nome da qual a pessoa natural agiu, e à pessoa natural.³⁹³ Portanto, a identidade do sujeito não prescinde, nessas situações, da identificação do sujeito que suportará a sanção.

Restará configurada a identidade de sujeito no ordenamento jurídico brasileiro, no caso de aplicação de penalidade às empresas individuais de responsabilidade limitada, se a pessoa natural sancionada confundir-se com seu titular,³⁹⁴ ou se a sanção recair sobre a pessoa

³⁹³ “Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: [...] I - advertência; II - multa pecuniária variável não superior [...] a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.” (BRASIL, Lei 9.613, de 03/03/1998).

³⁹⁴ “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior

jurídica e seus sócios e acionistas pois, nesses casos, a(s) mesma(s) pessoa(s) natural(is) suportará(ão) a aplicação de ambas as penas.

Ainda sobre a identidade subjetiva, sob a ótica jurídica, há hipóteses em que **uma mesma pessoa esteja ligada à Administração por duas ou mais relações jurídicas**. Nesse caso, questiona-se quanto à existência de um ou diversos sujeitos na relação com a Administração (TORRADO, 2008, p. 230).

Nessas situações, deve se analisar se, além da responsabilidade geral perante o Estado, a pessoa possui obrigações derivadas de relação especial com a Administração. Sobre o tema, a doutrina espanhola aponta que a jurisprudência desse País é no sentido de que, nesse caso, pode haver dupla punição, por ausência de identidade subjetiva:

Assim, encontra-se plenamente aceito pela jurisprudência constitucional que uma pessoa, que se encontra encarregada da proteção de certos bens jurídicos e que deva cumprir os mandados gerais como cidadão comum, pode ser sancionada duplamente por um mesmo fato. Isso, tendo em conta que, apesar de tratar-se de um mesmo sujeito, este mantém com a Administração uma relação diversa da relação de cidadão. Portanto, não existe uma identidade subjetiva jurídica no caso em questão (TORRADO, 2008, p. 274, tradução livre³⁹⁵).

Nessas hipóteses, entende-se que há a identidade subjetiva, mas a aplicação do *ne bis in idem* será afastada por ausência de identidade de fundamento. Como desenvolvido adiante, as relações especiais podem afastar a incidência do *ne bis in idem* no caso de uma sanção e penal e outra disciplinar ou política pelos mesmos fatos.

A doutrina espanhola aponta as situações em que o ordenamento jurídico admite a **responsabilidade subsidiária ou solidária** entre sujeitos diversos como questão atinente a

salário-mínimo vigente no País. §1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão 'EIRELI' após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. §2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. §3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. §4º (VETADO). §5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. §6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas." (BRASIL, Código Civil).

³⁹⁵ No original: "Así, está plenamente aceptado por la doctrina constitucional que una persona que se encuentra encargada de la protección de ciertos bienes jurídicos, y asimismo deba cumplir con los mandatos generales como ciudadano común, puede ser sancionada doblemente consecuencia de un mismo hecho. Lo anterior, teniendo en cuenta que a pesar de tratarse de un mismo sujeto este mantiene con la Administración una relación diversa a la que sostiene con aquella en tanto que ciudadano. Por tanto, no existe una identidad subjetiva jurídica en el caso en cuestión."

identidade subjetiva (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509). O ordenamento jurídico espanhol admite hipóteses em que, aplicada a penalidade administrativa, a Administração possa exigí-la igual e integralmente de cada um dos sujeitos sancionados e, nos casos em que um deles não cumpre a sanção, admite-se que a Administração possa exigir, subsidiariamente, seu adimplemento de outras pessoas (TORRADO, 2008, p. 266).

Contudo, o princípio da individualização da pena impede a aplicação de penas em caráter solidário ou subsidiário no ordenamento jurídico brasileiro. Essas formas de responsabilidade são incompatíveis com a aplicação de sanções punitivas e dirigidas exclusivamente à esfera da responsabilidade civil.

A doutrina brasileira não é pacífica quanto ao tema e há autores que admitem a responsabilidade solidária ou a subsidiária por infrações administrativas. Esse é o posicionamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (1999, p. 213), segundo quem “não ofende a máxima da culpabilidade a imposição de uma sanção, em caráter solidário, a duas ou mais pessoas”. Em sentido semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 836) sustenta que:

Diversamente, há sanções que [o menor] não teria como suportar. Assim, se conduzir automóvel sem carteira de habilitação ou em excesso de velocidade, o pai ou responsável pelo menor responderá pelas multas cabíveis ou quaisquer outras sanções previstas. O que se vem de dizer exhibe, desde logo, a diferença entre a figura do *infrator* e a do chamado *responsável subsidiário*. O infrator, bem se percebe, é o sujeito que pratica a infração e que, de regra, suportará a sanção por ela; ao passo que o *responsável subsidiário* é aquele que, por força da lei, responderá pela infração caso aquele que a cometeu não possa responder ou não responda por ela.

Nas situações apontadas por esse autor, haverá mais de uma infração – a de dirigir sem habilitação³⁹⁶ ou acima dos limites de velocidade³⁹⁷ – e a de permitir que pessoa

³⁹⁶ “Art. 162. Dirigir veículo: I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

³⁹⁷ “Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento): Infração - média; Penalidade - multa; II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento): Infração – grave; Penalidade - multa; III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento). Infração - gravíssima; Penalidade - multa [3 (três) vezes], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

inabilitada tome posse do veículo.³⁹⁸ O proprietário do veículo é infrator e somente poderá ser sancionado pela última, que se consuma com o descumprimento de uma obrigação que a ordem jurídica lhe impõe, enquanto o condutor – menor ou não – responderá pela infração de dirigir sem habilitação. O fato de que os pais arquem financeiramente com os custos dessa última não retira o caráter de pessoalidade da sanção, que é imposta ao infrator. Da mesma forma, não elide esse princípio o fato de uma pessoa pagar uma multa penal por outra. No caso do excesso de velocidade, o proprietário do veículo pode identificar o condutor,³⁹⁹ contudo, se o fizer, confessará a infração aos arts. 163 ou 164 do CTB.⁴⁰⁰

Se a sanção punitiva visa a reprimir condutas sociais indesejáveis, assim declaradas abstratamente na norma incriminadora ou sancionadora, essa sanção deve ser aplicada exclusivamente à pessoa que atuou contrariamente à norma e, da mesma forma, a todos que atuaram contrariamente a ela.

A aplicação de penas deve considerar a conduta de cada pessoa. É incompatível com o Estado de Direito, especialmente com o princípio da individualização da pena, que lhe é inerente, que a Administração, diante de infração praticada em concurso de agentes, tenha discricionariedade para eleger a pessoa que suportará a sanção punitiva e deixar as demais impunes. Da mesma forma, é contrário a esse princípio que a pessoa que não ofendeu a norma seja legalmente obrigada a responder subsidiariamente pela infração cometida por outrem.

5.1.2 Identidade de fatos

Constatada a identidade de sujeito e fundamento, aplica-se o *ne bis in idem* se houver também a identidade ou unidade de fatos, uma vez que “um fato não pode ser

³⁹⁸ “Art. 163. Entregar a direção do veículo a pessoa nas condições previstas no artigo anterior: Infração - as mesmas previstas no artigo anterior; Penalidade - as mesmas previstas no artigo anterior; Medida administrativa - a mesma prevista no inciso III do artigo anterior. Art. 164. Permitir que pessoa nas condições referidas nos incisos do art. 162 tome posse do veículo automotor e passe a conduzi-lo na via: Infração - as mesmas previstas nos incisos do art. 162; Penalidade - as mesmas previstas no art. 162; Medida administrativa - a mesma prevista no inciso III do art. 162.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

³⁹⁹ “Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código. [...] §3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

⁴⁰⁰ O §1º do art. 275 do CTB dispõe que “Aos proprietários e condutores de veículos serão impostas concomitantemente as penalidades de que trata este Código toda vez que houver responsabilidade solidária em infração dos preceitos que lhes couber observar, respondendo cada um de *per si* pela falta em comum que lhes for atribuída”. Contudo, nesse caso, embora o CTB utilize a expressão responsabilidade solidária, ao acrescentar que “cada um responde de *per si* pela falta em comum que lhes for atribuída”, estabelece a responsabilidade em casos de co-autoria e não de responsabilidade solidária. A responsabilidade solidária existe apenas se, praticado o ilícito, o Estado pode exigir de qualquer um dos que o praticaram a responsabilidade integral pela conduta, o que, como se vê, não é o que dispõe a norma.

sancionado ou processado em duas ocasiões” (TORRADO, 2008, p. 286 et seq.). Se o efeito da unidade de fatos pode ser facilmente expresso, o mesmo não se pode dizer quanto à sua caracterização.

Como o Poder Legislativo seleciona condutas humanas e lhes atribui valorações jurídicas distintas, uma mesma conduta pode ser causa de distintos ilícitos e, portanto, de duas ou mais sanções.⁴⁰¹ Rodolfo Tigre Maia (2005, p. 43) destaca que “a expressão ‘mesmos fatos’ traz dificuldades práticas para a aplicação do princípio diante das peculiaridades dos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos. Apenas a presença desses pode não ser suficiente para redundar na aplicação do princípio”.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros nem sempre é possível identificar a unidade de fatos, com a análise de relações lógico-estruturais entre as normas jurídicas que tipificam infrações. Por vezes, essa identificação dependerá da análise da conduta e de seus efeitos, de aspectos processuais ou ainda da valoração jurídica sobre a(s) conduta(s) que constitui(em) os fatos.

Roberto Tigre Maia (2005, p. 31) relata que, nos Estados Unidos da América, a identificação da unidade de fatos parte da prova necessária à comprovação dos fatos subsumíveis a mais de uma norma punitiva. Haverá *bis in idem* – no caso, *double jeopardy* – se, para a comprovação da ofensa a mais de uma norma, bastar uma única prova, mas os fatos serão considerados distintos “se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer” (MAIA, 2005, p. 31).

Segundo Dino Carlos Caro Coria (2007, p. 317), no Peru, a identificação da unidade de fatos e sujeitos é subordinada à apreciação da identidade de fundamento jurídico:

O Tribunal Constitucional peruano adota uma perspectiva fática quando se refere à “identidade de fato”, noção imprecisa se se tem em conta que, nos

⁴⁰¹ “Vale anotar que a unidade fática é um tema que, por si só, enseja discussões interessantes. O Direito seleciona um fato e lhe dá múltiplas dimensões jurídicas. Um só fato natural pode constituir muitos fatos jurídicos. Um fato jurídico, como o peculato, pode constituir, ao mesmo tempo, objeto de atenção do Direito Penal, que o qualifica como tal, do Direito Administrativo Disciplinar, que o cataloga como falta grave, do Direito Administrativo, que busca reparações dos danos ou o qualifica como improbidade, sem falar noutras possíveis repercussões, tais como aquelas atinentes às infrações julgadas pelos Tribunais de Contas ou pelas agências Reguladoras. Em semelhante contexto, os valores da segurança jurídica, da ordem e da estabilidade das relações institucionais ganham destaque, em reforço ao império da própria legalidade, porquanto o Direito, num plano geral, tem como inerentes tais valores em busca da proteção à estabilidade das relações jurídicas. Sem essa estabilidade não poderia existir a ordem que pretende configurar o Direito. Essa conexão entre liberdade e segurança fundamenta tanto a proibição do duplo processo quanto da dupla sanção. Em outros termos, o cidadão tem direito a não estar numa permanente situação de insegurança frente à possibilidade de que o Estado possa repetir o intento de alcançar seus objetivos.” (OSÓRIO, 2005, p. 359).

casos de concurso de infrações penais, administrativas ou penal-administrativas, um mesmo fato pode realizar duas ou mais infrações sem que, com isso, lesione o *ne bis in idem*. Em tais casos, ainda que o fato seja o mesmo, sobretudo no caso de concurso formal, não se aplica o *ne bis in idem* porque cada infração obedece a um fundamento diferente; não existe identidade de fundamento, motivo pelo qual é possível impor mais de uma sanção pelo “mesmo fato”. Esta constatação permite asseverar que o decisivo nos casos particularmente conflitivos, nos quais concorre a identidade de sujeito e de fato, é conhecer se se sanciona ou persegue o sujeito sob o mesmo fundamento. (CORIA, 2007, p. 317, tradução livre⁴⁰²).

Maria Lourdes Ramirez Torrado (2008, p. 288) explica que, na Espanha, o TCE adota postura dúbia em relação ao tema: ora no sentido de que a identidade de fatos se verifica sob o prisma jurídico, ora sob a perspectiva histórica (naturalística).⁴⁰³ Conforme explica:

O estudo deste requisito, sob o ponto de vista material, nos coloca um inconveniente relacionado com o conceito de fatos, é dizer: que se deve entender por este conceito? Para dar solução a esta pergunta, devemos remeter-nos ao desenvolvido pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Supremo sobre o tema. Ao revisar os pronunciamentos do Tribunal

⁴⁰² No original: “El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la ‘identidad de hecho’, noción imprecisa si se tiene en cuenta que, en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal-administrativas, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente; no existe identidad de fundamento, por lo que es posible imponer más de una sanción por el ‘mismo hecho’. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en los que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento.”

⁴⁰³ “En cuanto a la interpretación histórica de los hechos, el órgano constitucional afirma que la realidad que le interesa al Derecho, es la histórica, pues en razón de un mismo suceso fáctico, no es admisible que algo sea o no sea, y que unos mismos hechos ocurran o no [STC 24/1984 de 23 de febrero].” (TORRADO, 2008, p. 288) (Tradução livre: “Quanto à interpretação histórica dos fatos, o órgão constitucional afirma que a realidade que interessa ao Direito é a histórica, pois em razão de um mesmo evento fáctico, não é admissível que algo seja ou não seja, e que os mesmos fatos ocorram ou não [STC 24/1984, de 23 de fevereiro].”).

“De otra parte, la segunda perspectiva del elemento objetivo desde un plano procesal se refiere a su valor normativo. En este sentido, al proceso administrativo le son únicamente relevantes aquellos hechos que puedan encuadrar en una infracción administrativa. En esta línea el Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando que: [...] ‘infracción del principio *non bis in idem*. Para ello se requeriría la identidad fáctica de lo enjuiciado y que la condena tenga su sustrato en una idéntica valoración jurídica; es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado. Expresado en otros términos: la interdicción que el principio supone no recae meramente sobre la sanción de los mismos hechos, que es el nervio de la escueta alegación de los recurrentes, sino esencialmente sobre la sanción de la misma infracción’ [STC 204/199, de 16 de diciembre, F.J. 2; ATC 329/1995, de 11 de diciembre, F.J. 2].” (TORRADO, 2008, p. 308 et seq.) (Tradução livre: “De outra parte, a segunda perspectiva do elemento objetivo sob o plano processual se refere a seu valor normativo. Neste sentido, ao processo administrativo são relevantes unicamente os fatos que possam enquadrar-se em uma infração administrativa. Nesta linha, o Tribunal Constitucional se pronunciou afirmando que: [...] ‘infração do princípio *ne bis in idem*. Para isso requer-se a identidade fáctica do indiciado e que a condenação tenha seu sustrato em idéntica valorção jurídica; é dizer, que se volte a valorar sob a mesma perspectiva jurídica o já valorado. Expresso em outros termos: a interdição que o princípio supõe não recai meramente sobre a sanção dos mesmos fatos, que é o centro da alegação dos recorrentes, mas, essencialmente, sobre a sanção da mesma infração’ [STC 204/199, de 16 de dezembro, F.J. 2; ATC 329/1995, de 11 de dezembro, F.J. 2].”).

Constitucional a respeito, constatamos que esse órgão adota postura ambivalente; o Tribunal tem se movido entre duas posições contraditórias acerca do requisito, pois o tem abordado sob um plano normativo e, de igual modo, sob um plano histórico. Assim, consoante a perspectiva histórica, este requisito implica que a conduta de um indivíduo que lesione diversas normas protetoras de diferentes bens jurídicos, somente poderá ser sancionada uma vez; enquanto a perspectiva normativa, implica que um comportamento de um sujeito que desencadeou violações a diversas normas do ordenamento jurídico, em razão dos diversos bens jurídicos que pôs em perigo ou efetivamente lesionou, pode ser sancionado por cada uma das infrações às quais subsume-se seu comportamento. (TORRADO, 2008, p. 287 et seq., tradução livre⁴⁰⁴).

A tendência da doutrina é adotar a perspectiva jurídica dos fatos, pois, diante da unidade de conduta que atenta contra bens jurídicos diversos, a perspectiva histórica impede dupla punição, ainda que, sob o ponto de vista jurídico, as infrações sejam diversas. Segundo essa doutrina, os fatos apenas interessam ao Direito – mesmo sob a perspectiva do *ne bis in idem* – se considerada sua relevância jurídica (TORRADO, 2008, p. 291 et seq.).

A jurisprudência do TEDH é no sentido de que ligeiras diferenças entre as distintas infrações não permitem dupla punição e que o elemento adicional de uma das normas não implica a possibilidade de dupla punição (JALVO, 2003, p. 181).

A determinação da unidade de fato não é singela. Mesmo na esfera penal, em que essa identificação é essencial para diferenciar o concurso formal de crimes do concurso aparente de normas, há diversas concepções sobre o tema. Diante dessas dificuldades, Alejandro Nieto García (2005, p. 510, tradução livre⁴⁰⁵) afirma que “a determinação sobre a identidade de fatos é uma questão que só pode ser abordada de forma casuística, sendo muito difícil induzir dela critérios gerais”.

Há autores que, ao tratarem do concurso aparente de normas penais, apresentam

⁴⁰⁴ No original: “El estudio de este requisito desde un punto de vista material, nos plantea un inconveniente relacionado con el concepto de hechos, es decir ¿qué debe ser entendido por este concepto? Para dar solución al interrogante resulta obligado remitirnos a lo desarrollado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo en la materia. Al revisar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, constatamos que este órgano ha tenido una postura ambivalente; el órgano se ha movido entre dos posiciones contrarias del requisito, pues lo ha abordado desde un plano normativo y de igual modo desde uno histórico. Así, este requerimiento implica que la acción u omisión de un individuo puede haber lesionado diversas normas que protegen diferentes bienes jurídicos, pero podrá ser sancionado una vez (perspectiva histórica); mientras que la otra postura implica que un comportamiento de un sujeto que desencadenó violaciones a diversas normas del ordenamiento jurídico, en razón de los diversos bienes jurídicos que puso en peligro o efectivamente lesionó, puede ser sancionado por cada una de las infracciones al ordenamiento legal en que encuadra su comportamiento (perspectiva normativa).”

⁴⁰⁵ No original: “La determinación de si media identidad de *hechos* es una cuestión que sólo puede abordarse de forma casuística, siendo muy difícil inducir de ella criterios generales [...]”

as hipóteses que a doutrina tradicionalmente aponta como unidade de fato que caracterizam o concurso aparente de normas.

Nesse sentido, Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 72 et seq.) identifica as seguintes situações: a) os casos em que houver unidade de resultado “porque o tipo penal está estruturado de modo tal que, pela *unidade de sujeito passivo ou pela unidade surgida em virtude da consumação duradoura* se estabelece a unidade de infração” (VASCONCELOS, 1975, p. 74, tradução livre); b) se a estrutura peculiar do tipo estabelecer juridicamente a unidade de crime, como ocorre nos crimes habituais, nos compostos e nos complexos; e c) o crime continuado, em que a unidade jurídica da conduta é deduzida “da conexão continuada existente entre as diversas condutas realizadas pelo autor” (VASCONCELOS, 1975, p. 76 et seq., tradução livre).

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 615) defendem que se houver “uma conduta haverá um delito e quando houver várias condutas haverá vários delitos. Portanto, uma conduta corresponde a um delito e a uma pena e a várias condutas vários delitos e várias penas”. Com base nesse pressuposto, os autores estipulam as hipóteses que caracterizam a unidade de conduta.⁴⁰⁶

No Brasil, Paulo Roberto Coimbra e Silva (2007, p. 305) adota a concepção natural de conduta, para caracterizar a unidade de fatos:

Considerando-se que o *ne bis in idem* veda a possibilidade de duplicidade ou pluralidade de efeitos sancionadores (*o bis*) sobre um mesmo fato infracional (*o idem*), é realmente imprescindível que tal fato, apesar de poder atrair a incidência de mais de uma norma sancionadora, constitua realmente uma única conduta. Importante perceber que o pressuposto do *ne bis in idem* não é a identidade entre atos ilícitos distintos, mas que estejam os aplicadores diante de uma única conduta infracional, subsumível a mais de uma norma sancionadora.

⁴⁰⁶ “a) Há unidade de conduta nos casos de movimentos voluntários que correspondem a um plano comum (fator final), e *que são típicos de um tipo que admite uma pluralidade eventual de movimentos*. [...] b) Com muito mais razão, haverá uma unidade de conduta quando o tipo requer expressamente a pluralidade de movimentos [...]. Haverá, pois, uma unidade de conduta quando se trate de *tipos com pluralidade necessária de movimentos*. c) *Quando a realização de outro delito aparece como elemento subjetivo do tipo do primeiro*, isto significa que a lei desvaloriza uma conduta subjetivamente encaminhada a consumir ambos, e que não passa da etapa preparatória do segundo. [...] d) *Quando o segundo tipo se realiza como uma forma de exaurimento do primeiro*, porque embora não se exija no tipo a finalidade de realizar o segundo, sua relevante possibilidade ou perigo, por si ou por outro, é presumida. [...] e) *Nos delitos permanentes*, todos os atos que têm por objeto manter o estado consumativo apresentam uma unidade de conduta. [...] f) Quando se trata de tipos que admitem ou exigem o cumprimento por um meio simbólico, todos os movimentos que têm unidade simbólica devem ser considerados como uma conduta. [...] g) Outro caso de unidade de conduta é o verdadeiro delito continuado [...].” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 621 et seq.).

Contudo, a identificação da unidade de conduta, para diferenciar o concurso aparente de normas do concurso de infrações, não se desvincula da norma tipificadora, consoante exposto a seguir.

5.1.2.1 Unidade de ação e unidade de fato

Na esfera penal, se, com a mesma ação ou omissão, o agente praticar duas ou mais infrações, caracteriza-se o concurso formal de crimes. Neste caso, ambos serão apenados, em algumas situações, com a somatória das penas, e em outras, com a exasperação da pena mais grave, conforme determina o Código Penal:

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (BRASIL, Código Penal).

Na esfera administrativa, a regra é a soma das penas cominadas às infrações, independentemente se praticadas por uma ou várias condutas.⁴⁰⁷ Ao contrário da esfera penal, que diferencia o concurso de infrações e o concurso aparente de normas, na esfera administrativa, considera-se que cada subsunção da conduta a um tipo caracteriza infração diversa.

A invalidade de normas expedidas na ausência de competência dos entes federados ou das que caracterizam meras reiterações de ilícitos proibidos pela esfera competente não impede a existência de situações em que a mesma conduta seja causa de ilícitos diversos, ou que condutas diversas ou parcialmente coincidentes caracterizem o mesmo ilícito. Nestas hipóteses, o *ne bis in idem* se dirige ao aplicador da norma ao impor que, se houver um só ilícito, apenas uma sanção é cabível, embora todas normas que o regulam sejam válidas na ordem jurídica.

Para identificar esse âmbito de aplicação do *ne bis in idem*, é necessário distinguir o conceito de **unidade de conduta** (ou unidade de ação) do conceito de **unidade de fato**,

⁴⁰⁷ “Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...] §1º. Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998).
“Art. 266. Quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

cujos efeitos jurídicos são diversos, pois, no primeiro caso, se admitem duas ou mais punições e, no último, vedam-se (HORTA, 2007, p. 65).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 66) leciona que a unidade de ação é caracterizada por “atos de vontade reunidos segundo uma mesma valoração típica, ou que constituam a base da realização de diversos tipos de delito”. O termo **ação**, se for usado para delimitar os elementos do tipo, coincide com o conceito de unidade de fato; trata-se da ação “contida no tipo, da produção evitável de um determinado resultado”, ou seja, da “ação valorada pela ordem jurídica como causação de um resultado juridicamente relevante” (HORTA, 2007, p. 67). Contudo, a ação concreta é diversa da ação valorada pela ordem jurídica e “pode ser encarada como uma causa de diversos resultados evitáveis” (HORTA, 2007, p. 67).⁴⁰⁸

A unidade ou pluralidade de fatos não corresponde à unidade ou pluralidade de ações, pois uma única ação pode determinar pluralidade de fatos, por concretizar injustos penais diversos (concurso formal de crimes), e o mesmo conteúdo de injusto pode “ser determinado por uma pluralidade de ações, suportantes de tipos de delito diversos, aparentemente concorrentes” (HORTA, 2007, p. 85).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 65) leciona que a unidade de ação é apenas um dos requisitos para a configuração da unidade de fato e se refere ao “processo executivo, ao comportamento lesivo”; enquanto a unidade de fato abarca a “própria ofensa – resultado – causada pelo comportamento”. Essa diferenciação também é sustentada por

⁴⁰⁸ “Pois bem, à medida que tomamos como unidade de ação os atos de vontade reunidos segundo uma mesma valoração típica, ou que constituam a base da realização de diversos tipos de delito, também já não a equiparamos à unidade de fato, que é a concretização de um mesmo injusto penal. Discordamos, assim, de Fortes Barbosa, para quem convém utilizar ambos os termos indistintamente. Conforme esse autor, tais conceitos são equivalentes, já que, por um lado, algumas ações se identificam pelo resultado, como ‘subtrair’ ou ‘matar’ e, por outro, seria inconveniente entender fato como a produção de certo resultado, ‘porque existem verbos típicos que não designam resultado algum, salvo num sentido abstrato e vago’. O primeiro desses argumentos demonstra que o autor não diferencia, como claramente o faz Jakobs, a ação como elemento do tipo, do conceito mais geral de ação, manejável pela teoria do concurso. Segundo o mencionado Professor de Bonn, uma coisa é a ação entendida como aquela descrição abstrata, contida no tipo, da produção evitável de um determinado resultado. Nesse sentido, apenas, é que se pode falar de ação como fato, isto é, ação valorada pela ordem jurídica como causação de um resultado juridicamente relevante. Outra coisa é a ação concreta que pode ser encarada como causa de diversos resultados evitáveis. E é este último o sentido empregado pelo Código Penal brasileiro que, no artigo 70, descreve o concurso formal a partir de uma única ação ou omissão realizadora de dois ou mais crimes. Afinal, o que pode haver em comum entre determinado crime de dano (art. 162 do CP) e outro de lesão corporal (art. 129 do CP) não pode ser nem a destruição de uma coisa nem a violação da integridade física de alguém, mas, sim, eventualmente, o lançamento de uma pedra em direção à janela da residência da vítima.” (HORTA, 2007, p. 66 et seq.).

Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 30, tradução livre⁴⁰⁹):

Deste ponto de vista e sempre em relação ao tipo penal concreto, o fato compreende a conduta humana, seu resultado material e a necessária relação causal entre dita conduta e seu efeito, de maneira que a ação e a omissão não são senão meras formas de expressão do sujeito, ou seja, de sua conduta.

A unidade de conduta pode ser determinada com base em dois critérios: “o que atende ao caráter unitário da conduta em função de sua *unidade natural* e o que estabelece a *unidade* da ação sob o prisma estritamente *jurídico*” (VASCONCELOS, 1975, p. 72, tradução livre⁴¹⁰). Sob o aspecto natural, há unidade de conduta:

[...] sempre que o comportamento em exame for constituído por um único ato de vontade, independentemente do número de resultados que dele decorram, ou mesmo quando o comportamento envolva uma pluralidade de atos de vontade, desde que acarretem um único resultado. (HORTA, 2007, p. 37 et seq.).

Contudo, a doutrina refuta que tais critérios possam ser considerados naturais, pois o comportamento humano pode ser fragmentado em diversas ações autônomas e não há padrões que justifiquem a separação desses fragmentos em unidades autônomas ou sua consideração em conjunto (HORTA, 2007, p. 38).⁴¹¹ Ademais, na maior parte dos casos, os comportamentos complexos – reunidos sob o mesmo tipo – não podem ser considerados unidade de ação, em sentido natural, sequer à primeira vista (HORTA, 2007, p. 38).⁴¹²

⁴⁰⁹ No original: “Desde este punto de vista y siempre con relación al tipo penal concreto, el hecho comprende la conducta humana, su resultado material y la necesaria relación causal entre dicha conducta y su efecto, de manera que la acción y la omisión no son sino meras formas de expresión del sujeto, o sea de su conducta.”

⁴¹⁰ No original: “El carácter unitario de la conducta o de la acción ha tratado de determinarse con apoyo en dos criterios: el que atiende al carácter unitario de la conducta en función de la *unidad natural* de la misma; y el que establece la *unidad* de la acción desde un punto estrictamente *jurídico*.”

⁴¹¹ “Sendo assim, e já não há parâmetros naturais que justifiquem a reunião desses diversos movimentos em uma unidade, em vez de contabilizá-los separadamente, havemos de admitir, para não ceder ao arbítrio, que tal unidade é demarcada pela própria norma penal que lhe confere relevância. Então, quando os diversos movimentos realizados por esse agente que mata alguém com um tiro de fuzil são reunidos como um único ato de vontade, leva-se em conta, consciente ou inconscientemente, os limites do tipo legal de crime que reproduzem.” (HORTA, 2007, p. 38).

⁴¹² “De todo modo, o caráter problemático da unidade de ação punível é patente perante comportamentos mais complexos, os quais já não são tomados, sequer à primeira vista, como unidades monolíticas de ato de vontade. Entre esses que, ademais, constituem a maioria dos casos, podemos citar os do indivíduo que fere outro, atingindo-o com repetidos golpes de faca, danifica um monumento público com várias pancadas ou subtrai, uma após outra, diversas garrafas de vinho de uma adega. Em hipóteses como essas, mas também naquelas em que por seu comportamento o agente reproduz diversos tipos de delito, costuma-se justificar a unidade com base na homogeneidade dos atos praticados, na unidade de resolução que os une, bem como em razão da estreita conexão espaçotemporal que os liga. Assim o célebre entendimento jurisprudencial alemão, fulcrado na chamada ‘concepção natural da vida’, segundo a qual os múltiplos componentes do curso de um

De forma semelhante, o número de resultados causados pela conduta não se mostra capaz de identificar – naturalisticamente – a unidade de ação, pois a norma jurídica pode tipificar diversos resultados como um só crime, impedindo o cômputo das ações pelo número de lesões geradas (HORTA, 2007, p. 41). Mesmo no caso da ofensa a bens jurídicos personalíssimos, situações em que, via de regra, se reconhece a pluralidade da conduta pelos resultados gerados, a norma jurídica pode reunir esses resultados no mesmo tipo legal e caracterizá-los como um só injusto penal:

Ocorre que, mesmo tratando-se de ofensa a um único bem jurídico personalíssimo, não basta à determinação do número de resultados verificar a quantidade de pessoas atacadas. Como bem demonstra Correia, baseado em *v. Buri*, os contornos da unidade do evento ofensivo não são apenas determinados pelo bem jurídico atingido, mas principalmente pela forma como ele é tutelado pelo sistema jurídico-criminal. É que se o ordenamento jurídico, ao proteger os bens jurídicos personalíssimos, geralmente toma a defesa a cada pessoa como a medida unitária segundo a qual organiza a defesa concreta, nada impede que se proceda de outro modo ou tome por base outra medida. [...] Pois bem, as mortes de diversas pessoas atingidas por tiros de fuzil, segundo a legislação brasileira vigente, tanto podem constituir uma pluralidade de resultados, segundo o artigo 121, que descreve e estabelece a punição para o homicídio, como um único resultado, à luz do artigo 1º da Lei n. 2.889, de 1956, que descreve e estabelece a punição para o genocídio. (HORTA, 2007, p. 42).

Se a conduta lesa bens jurídicos não personalíssimos, separáveis das pessoas que os possuem, mesmo a unidade do objeto sobre o qual recai a conduta ilícita não identifica a unidade ou a pluralidade de ação, devido à inexistência de unidade ou pluralidade intrínsecas dos objetos (HORTA, 2007, p. 42).⁴¹³

Diante dessas dificuldades, a unidade de ação, substrato do concurso formal, deve

acontecimento separáveis externamente devem configurar uma unidade de ação desde que os distintos atos parciais se apoiem sobre uma resolução unitária de vontade e se encontrem em uma relação temporal e espacial tão estreita que possam ser percebidos como uma unidade por um observador alheio.” (HORTA, 2007, p. 38).

⁴¹³ “[...] assim como é inútil recorrer à ‘unidade substancial’ do objeto para quantificar o resultado, tampouco nos socorre a ‘unidade artificial’ determinada pela conexão de várias ‘unidades substanciais’ de objetos. Se uma máquina é um todo em relação aos componentes, não apenas por isso é correto dizer que sua desmontagem e inutilização ‘por um longo e talvez interrompido trabalho’ constitua um único resultado, já que, assim como as várias peças que a constituem, esta pode ser considerada uma parcela em relação a uma fábrica, e esta, por sua vez, um simples elemento de uma organização industrial. Finalmente e com base em considerações da mesma espécie, [Eduardo Correia] refuta proposta atribuída a Mayer, segundo a qual a individualização dos objetos atenderia às concepções culturais dominantes. De fato, o critério supõe larga margem de arbítrio e, assim formulado, pode levar à consequência de responsabilizar por cinco furtos o ladrão de cinco galinhas, uma vez que a galinha também é um animal e, como tal, uma individualidade. O recurso às concepções culturais, contudo, será limitado e igualmente legitimado à medida que elas possam ser consideradas consagradas pela norma penal incriminadora, nos termos do tipo penal.” (HORTA, 2007, p. 43).

ter por base a norma jurídica, pois “uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal” (HORTA, 2007, p. 44).⁴¹⁴ A unidade de ação é a conduta (ação ou omissão) que dá substrato a cada tipo legal. O comportamento pode ser fragmentado em diversas ações juridicamente relevantes, “desde que os tipos legais aplicáveis recaiam sobre distintos atos componentes desse comportamento” (HORTA, 2007, p. 54).⁴¹⁵

A unidade de ação decorre “da identidade dos atos suportantes dos diversos tipos concretizados ou das diversas realizações de um mesmo tipo” (HORTA, 2007, p. 60) e é delimitada normativamente pelo tipo, contudo, também possui substância natural, consistente nos atos de vontade que determinam a realização do tipo (HORTA, 2007, p. 64).

Essa unidade de ação acrescida de **diversas valorações típicas** caracteriza o concurso formal de infrações, e a unidade de ação acrescida da **mesma valoração típica** caracteriza a unidade de fatos, portanto, o concurso aparente de normas.

Caracteriza-se a unidade de fato pela conduta que dá suporte ao tipo (aquela que realiza seus elementos) e pelos resultados necessários a configuração do tipo. O “fato constitui a soma da ação e do evento, sendo que este, como consequência necessária da ação punível, não se identifica com o acontecimento material” (HORTA, 2007, p. 67). Nesses casos:

⁴¹⁴ “[...] o reconhecimento expresso da pluralidade de atos de vontade necessários à sua realização não altera a sua condição essencial, de pressupostos mínimos necessários à realização de um mesmo tipo, que lhes congrega e confere valor unitário.” (HORTA, 2007, p. 45).

⁴¹⁵ “Com efeito, a classificação do concurso de crimes em formal e material acrescenta à distinção entre unidade e pluralidade de valorações do comportamento, baseada no número de tipos legais aplicáveis ou de aplicações de um mesmo tipo, também a distinção entre unidade ou pluralidade de suporte material dessas valorações, segundo a quantidade de atos de vontade – ações ou omissões – puníveis em que tal comportamento possa ser fragmentado. Assim, tal suporte, ainda que venha a ser delimitado pela valoração – a unidade de ação ou omissão punível é, antes, unidade típica de conduta –, não se confunde com o desvalor que enseja, já que a conduta pode suportar outras valorações diversas e complementares. Se por um lado os tipos reúnem atos de vontade em unidades jurídico-penalmente relevantes de ação ou omissão, o número de tipos aplicáveis a determinado comportamento não constitui argumento suficiente para contabilizar essas unidades em que se pode dividi-lo. Essa problemática é sintetizada de forma clara por Maurach-Gössel-Zipf, para os quais não são os tipos penais, mas, sim, as ações contidas e suportantes de cada um deles o fundamento da divisão do acontecer em unidades particulares de ação. [...] A] múltipla valoração de um comportamento, ainda que unitário do ponto de vista do autor – unidade de resolução –, pode fragmentá-lo em diversas ações jurídico-penalmente relevantes, desde que os tipos legais aplicáveis recaiam sobre distintos atos componentes desse comportamento. A pluralidade de valorações jurídico-penais de um comportamento resta patente ante a sua subsunção a uma pluralidade de tipos, correspondentes a normas efetivamente concorrentes. A verificação de cada unidade de aplicação de um mesmo tipo, por sua vez, quando o comportamento do agente tenha extrapolado o cumprimento de seus pressupostos mínimos, implica responder se os atos de vontade do agente subsumíveis a tal tipo de delito podem ou não ser reunidos como unidade de injusto, segundo os efeitos que ensejaram, uma vez verificada aquela possibilidade se descansam ou não sobre uma única resolução, ou motivação, determinante de uma culpabilidade unitária.” (HORTA, 2007, p. 54 et seq.).

O desvalor jurídico penal recai, pois, não exatamente sobre a ação, entendida como o conjunto de atos de vontade suportantes da realização de um ou mais tipos de delito, mas sobre cada uma dessas realizações – fatos – que são as causações tipicamente relevantes de ofensas a um ou mais bens jurídico-penais. Portanto, a proibição do *non bis in idem* na aplicação da norma penal não se restringe à proibição de se considerar mais de uma vez o desvalor de uma única ação, mas sim como a proibição da múltipla consideração do desvalor de um mesmo fato. Isso posto, temos já suficientes elementos para concluir, como Bettiol, que no concurso formal de delitos há uma única ação, determinante, todavia, de uma pluralidade de fatos jurídico-penalmente relevantes. (HORTA, 2007, p. 68).

A identificação da unidade de fato não se baseia em pressupostos naturais, pois, sob esse aspecto, qualquer conduta pode ser fracionada de forma a constituir diversos ilícitos autônomos. O inverso também pode ocorrer: sob o aspecto natural, há condutas não reduzíveis a um só fato, ainda que suportantes da mesma valoração jurídica, o que impediria o reconhecimento do concurso aparente de normas (HORTA, 2007, p. 82).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 83) conclui que a unidade de fato caracteriza-se não como pressuposto do concurso aparente de normas, mas como “a síntese da superavaliação normativa das normas incidentes, determinante da exclusão de uma pela aplicação de outra, segundo o princípio *non bis in idem*”. Embora as ordenações lógico-estruturais entre as normas possam determinar a superposição delas, são “fundamentalmente, suas finalidades, verificáveis objetivamente segundo a função que desempenham no sistema de proteção ao bem ou bens jurídicos cuja ofensa descrevem” que determinam a unidade de fato (HORTA, p. 83 et seq.).

Portanto, esse autor admite a superposição normativa – caracterizadora da unidade de fato – ainda que as condutas descritas nos tipos legais sejam distintas e as normas não se interpenetrem (HORTA, 2007, p. 84). A proteção aos bens jurídicos será valorada, não na identidade de fundamento, mas na unidade de fato, consoante o critério utilizado para identificar a concorrência de normas. Haverá uma só ofensa ao ordenamento jurídico no caso de um só conteúdo ilícito, que se caracteriza com a unidade ou pluralidade de condutas tipificadas acrescida da unidade de valoração jurídica sobre essas mesmas condutas.

É a existência de um só injusto (ilícito) que impossibilita a dupla punição, pois o mesmo injusto não deve levar à dupla reprovação, diversamente do que ocorre no concurso formal, cujos injustos são múltiplos e também as sanções (CAMPOS, 2001, p. 196).

O “fato” jurídico unitário, pois, como substrato da incidência das normas aparentemente concorrentes, segundo o princípio *non bis in idem*, é o próprio

injusto, pelo qual o agente não deve ser mais de uma vez reprovado. E se este não pode ser determinado sem referência às normas, também não se esgota naquilo a que os pressupostos abstratos de incidência dessas normas fazem referência literal. Primeiramente, porque as descrições típicas apenas estabelecem os pressupostos mínimos de punição por determinada ofensa e não têm a pretensão de detalhar toda realidade neles subsumível. Depois, porque a unidade ou pluralidade de valorações jurídicas determinadas por uma parcela da realidade corresponde sempre à unidade ou pluralidade de ofensa legalmente descritas que ela concretiza, e não à unidade ou pluralidade de descrições legais de uma mesma ofensa decorrente dessa parcela da realidade ou de suas distintas etapas. (HORTA, 2007, p. 84 et seq.).

Embora o Poder Legislativo tenha competência para selecionar uma mesma conduta como suporte de diversos ilícitos (OSÓRIO, 2005, p. 360) – derivados de valorações jurídicas autônomas dessa conduta – ele não tem competência para estabelecer duas punições pela mesma valoração de uma única conduta.

5.1.2.2. Unidade de fato como pressuposto do ne bis in idem

A tendência da doutrina é identificar a unidade de fato, para aplicar a esses casos as regras do concurso aparente de normas que impedem a dupla punição. Contudo, consoante destacado por Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 83), a unidade de fato é “a síntese da superavaliação normativa das normas incidentes, determinante da exclusão de uma pela aplicação de outra, segundo o princípio *non bis in idem*”.

Identifica-se a unidade de fato pela verificação de relações lógico-estruturais entre as normas, ou da identidade de valorações jurídicas em relação à mesma conduta. Para tanto, se utilizam os critérios de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade. Portanto, a unidade de fato é resultado da aplicabilidade desses critérios, e não pressuposto para aplicação deles, pois os critérios utilizados para solucionar o concurso aparente de normas também o identificam.

Alejandro Nieto García (2005, p. 510 et seq., tradução livre⁴¹⁶) adota posição nesse sentido, ao lecionar que a identidade de fato é caracterizada pela constatação da

⁴¹⁶ No original: “En definitiva, *dado que la prohibición de bis in idem no está dirigida al legislador sino al operador jurídico*, tendrá éste que analizar con cuidado los tipos concurrentes para determinar si son idénticos (en cuyo caso apreciará concurso de leyes) o concéntricos, también llamados consuntivos, es decir, todos los elementos del primero están incluidos en el segundo, pero éste añade o especifica algunos más. En otras palabras, el operador jurídico mira en dos direcciones: por un lado, hacia la norma para comprobar los extremos que acaban de decirse y, por otro lado, hacia los hechos para comprobar si uno o varios; aunque aquí con la advertencia de que ha de mirar a los hechos a través de la norma según se ha explicado ya con detalle. Pero, en cambio, no ha de preocuparse de los intereses protegidos, que son cosa del legislador, y al intérprete sólo le importan en tanto en cuanto se hayan reflejado en el tipo.”

existência de relação de identidade entre os tipos punitivos (penais e administrativos ou administrativos):

Em definitivo, *dado que a proibição de bis in idem não está dirigida ao legislador, mas ao operador jurídico*, terá este que analisar, com cuidado, os tipos concorrentes para determinar se são idênticos (caso em que apreciará o concurso de leis) ou concêntricos, também chamados consuntivos, é dizer, todos os elementos do primeiro estão incluídos no segundo, porém este alude ou especifica outros elementos. Em outras palavras, o operador jurídico olha em duas direções: por um lado, em direção à regra para comprovar os extremos que acabam de dizer e, por outro lado, em direção aos fatos para comprovar se um ou vários; embora com a advertência de que há de olhar os fatos através da norma, segundo já exposto com detalhes. Porém, não há de preocupar-se dos interesses protegidos, que são coisa do legislador e ao intérprete só importam se inseridos no tipo.

Portanto, não é possível identificação *a priori* de todas as situações caracterizadas como unidade de fato, pois há hipóteses que apenas as circunstâncias concretas poderão caracterizá-la.

Esses critérios apenas demonstram a existência da unidade de fato, motivo pelo qual se deve aplicá-los na esfera administrativa, para identificar e diferenciar as hipóteses em que uma conduta caracteriza duas ou mais infrações, das situações em que a conduta, ou aspectos diferenciados dela não podem ser utilizados para dupla punição.

Para a identificação da unidade de fato, é necessária a análise de diversos elementos: as relações entre as normas, a conduta realizada, a vontade ou o desígnio de praticá-la, a forma pela qual a norma a regula e seus efeitos, pois os critérios que determinam a existência de um só ilícito baseiam-se nas relações lógico-estruturais entre as normas e também na valoração jurídica da conduta.

5.1.3 Identidade de fundamento

A identidade de fundamento é doutrinariamente identificada por dois critérios: a) a norma legal que estabelece a infração; e b) o bem jurídico protegido ou lesado pela conduta (TORRADO, 2008, p. 283). Ambos são sujeitos a críticas e a adoção de um ou de outro leva a soluções jurídicas diversas, quanto à aplicação do *ne bis in idem*.

5.1.3.1 A norma legal tipificadora como caracterizadora da identidade de fundamento

Parte da doutrina espanhola, ancorada em decisões do TCE e do TSE, entende que a identidade de fundamento deve ser averiguada com base na norma legal. Segundo essa vertente, basta que as previsões de punição de um mesmo sujeito, pelos mesmos fatos,

estejam cominadas em normas diversas para afastar a identidade de fundamento das cominações.⁴¹⁷

Crítica-se essa posição por impedir que a vedação *bis in idem* seja reconhecida como direito fundamental, ao admitir que o Poder Legislativo possa afastá-la pela tipificação, por normas diversas, dos mesmos fatos, praticados pela mesma pessoa:

O terceiro e último pressuposto exigido para legitimar a aplicação do *ne bis in idem* é usualmente chamado de identidade de fundamento. Esse pressuposto não requer, saliente-se, por óbvio, que haja coincidência de motivação dos atos sancionatórios em idêntico dispositivo legal. Se assim fosse: *primus*, restaria esvaziado o conteúdo do princípio em tela, pois poderia o legislador facilmente burlar seu comando sempre que o desejasse, bastando para tanto estatuir inúmeras sanções em diferentes dispositivos legais; *secundus*, o *ne bis in idem* não teria alcance além daquele desejado pelo legislador, revertendo, invertendo e evertendo-se a lógica de se submeter a força principiológica ao alvitre do legislador, enquanto aquela deveria impor peias ao arbítrio deste; e, por último, se assim ocorresse, *tercius*, inviável seria a eficácia do *ne bis in idem* nas relações entre sanções penais e as extrapenais (inclusive tributárias), porquanto teriam, necessariamente, previsão em dispositivos distintos de lei. Importante perceber que a dita identidade de fundamento consiste na coincidência dos bens jurídicos protegidos e das funções primordialmente exercidas pela sanção. (SILVA, P. R. C., 2007, p. 308).

Segundo a doutrina, a identificação da unidade de fundamento com base na legislação que tipifica as infrações conduz à inaplicabilidade do *ne bis in idem* entre normas penais e administrativas, pois a tipificação desses ilícitos não ocorre na mesma norma.⁴¹⁸

⁴¹⁷ “A lo que se suma lo dicho por los tribunales Constitucional y Supremo en el sentido que la existencia de una dualidad de procedimientos, en sendas Administraciones diferentes, no representa violación alguna de tal principio si, aun tratándose de los mismos hechos, tales pronunciamientos son consecuencia de la aplicación de normativas distintas, de inexcusable acatamiento para cada órgano. ‘Principio del non bis in idem constituye uno de los límites de la potestad sancionatoria que el art. 25 de la Constitución concede a los Poderes públicos, pero sin que la existencia de una dualidad de procedimientos, en sendas administraciones diferentes represente violación alguna de tal principio, si, aun tratándose de los mismos hechos, tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normativas diferentes, de inexcusable acatamiento para cada órgano, razonamientos enteramente aplicables al presente caso y que eliminan la infracción que se alega’ [STS 3516/1987 de 9 de marzo F.J. 1.]”. (TORRADO, 2008, p. 309 et seq.) (Tradução livre: “Ao que se soma o dito pelos Tribunais Constitucional e Supremo, no sentido que a existência de dualidade de procedimentos, sendo as Administrações diversas, não representa violação alguma do princípio se, mesmo tratando-se dos mesmos fatos, esses pronunciamentos são consequência da aplicação de normas distintas, de inexcusável acatamento para cada órgão: ‘Princípio do *ne bis in idem* constitui um dos limites ao poder sancionador que o art. 25 da Constituição atribui aos Poderes públicos, porém sem que a existência de dualidade de procedimentos, tratando-se de administrações diversas, represente violação alguma de tal princípio, mesmo tratando-se dos mesmos fatos, se tais procedimentos são consequência da aplicação de normas diferentes, de inexcusável acatamento para cada órgão, razões inteiramente aplicáveis ao presente caso e que eliminam a infração que se alega.’ [STS 3516/1987 de 9 de março F.J. 1.]”)

⁴¹⁸ “En verdad que las dificultades hermenéuticas de la llamada triple identidad – aceptada inercialmente por una tradición varias veces centenaria – nunca han podido ser satisfactoriamente resultas. A) Por lo pronto, la

Entender que a identidade de fundamento caracteriza-se pela identidade da norma jurídica esvazia a garantia do *ne bis in idem*. Considerando seu *status* de direito fundamental, sua aplicação não depende exclusivamente do Poder Legislativo, mas se faz presente sempre que seus pressupostos objetivos se manifestem. Ademais, o *ne bis in idem* pressupõe que duas ou mais normas regulem os mesmos fatos ou conjunto de fatos, assim, se apenas uma norma os regula, não há que se falar em proteção do *ne bis in idem* na aplicação das normas.

5.1.3.2 O bem jurídico protegido ou lesado como caracterizador da identidade de fundamento

Segundo Tomás Cano Campos (2001, p. 196), é possível identificar a existência de uma **mesma infração**, tipificada em normas diversas, se essas, além de estabelecerem punições aos mesmos sujeitos pelos mesmos fatos, tiverem como fundamento uma só lesão ou criação de perigo para um único bem jurídico. O autor sustenta que o *ne bis in idem* impede a dupla punição apenas se houver uma infração, ou seja, por uma só “vulneração do ordenamento jurídico”:

O princípio *ne bis in idem* não proíbe realmente que alguém possa ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, mas que seja punido duas vezes pelos mesmos fatos *sobre a base de idêntico fundamento*. [...] A identidade de fundamento alude aos bens jurídicos implicados: se o fato de um mesmo sujeito lesiona ou põe em perigo vários bens jurídicos (ou o mesmo bem jurídico várias vezes) não há identidade de fundamento e, portanto, cabe a duplicidade de sanções. Por conseguinte, o pressuposto de que parte a regra não é só o fato, mas o fato que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico; é dizer, o ilícito ou infração. Em realidade, o que se pretende dizer com este entendimento do princípio é que não cabe impor duas sanções por uma só vulneração do ordenamento jurídico, pela comissão de uma única infração. O suposto de fato da norma – o *idem* – seria a infração; a consequência jurídica – o *bis* –, a sanção. (CAMPOS, 2001, p. 195 et seq., tradução livre⁴¹⁹).

identidad de *fundamento* es imposible si por tal se entiende la base legal de imputación puesto que una ha de encontrarse en una norma penal y la otra en una administrativa. [...] En otras palabras, la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas; lo que se conecta, en último extremo, con el bien protegido [...].”(NIETO GARCÍA, 2005, p. 507) (Tradução livre: “Com efeito, as dificuldades hermenêuticas da chamada tríplice identidade – aceita inercialmente por uma tradição várias vezes centenária – nunca puderam ser satisfatoriamente resolvidas. A) De pronto, a identidade de *fundamento* é impossível se por tal se entende a base legal de imputação, pois uma será encontrada na norma penal e a outra na norma administrativa. [...] Em outras palavras, a concorrência de normas sancionadoras de um mesmo fato significa que este é sancionado por dois fundamentos ou causas distintas; o que se conecta, em última instância, com o bem protegido [...].”).

⁴¹⁹ No original: “El principio *non bis in idem* no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que sea castigado dos veces por los mismos hechos *sobre la base de idêntico*

A análise da identidade de fundamento, com base no bem jurídico tutelado, complementa-se pela identidade de lesão ou perigo gerado a esse bem,⁴²⁰ de forma que mais de uma lesão, ao mesmo bem jurídico, retira a proteção do *ne bis in idem*:

[...] há que ter em conta não só o bem jurídico protegido, mas também o ataque ou lesão a esse bem, porque, se há dois ataques distintos ao mesmo bem jurídico, cada uma das sanções terá um fundamento próprio e caberá, em consequência, a imposição de todas elas sem que o *ne bis in idem* seja vulnerado. Ou seja, a identidade de fundamento comporta, em realidade, duas identidades: a identidade de bem jurídico ou interesse público protegido ou identidade de lesão ou ataque a esse bem. (SOTOMAYOR, 2008, p. 51, tradução livre⁴²¹).

A jurisprudência espanhola também aplica esse critério,⁴²² embora haja decisões

fundamento. [...] La identidad de fundamento alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones. Por consiguiente, el presupuesto del que parte la regla no es el nudo hecho, sino el hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico; es decir, el ilícito o la infracción. En realidad, lo que se viene a decir con este entendimiento del principio es que no cabe imponer dos sanciones por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, por la comisión de una única infracción. El supuesto de hecho de la norma —el *idem*— sería la infracción; la consecuencia jurídica —el *bis*—, la sanción.”

⁴²⁰ “La identidad en el bien jurídico protegido en las infracciones administrativas es el segundo elemento necesario para que el principio *non bis in idem* opere. Queremos decir con ello, que para que una persona sea sancionada o se le siga un doble proceso; tanto la segunda sanción como el segundo procedimiento deben responder a bienes jurídicos diversos.” (TORRADO, 2008, p. 277 et seq.) (Tradução livre: “A identidade do bem jurídico protegido nas infrações administrativas é o segundo elemento necessário para que o princípio *ne bis in idem* opere. Queremos dizer com isso que, para que uma pessoa seja sancionada ou que tenha seguimento um duplo processo, tanto a segunda sanção, como o segundo procedimento devem proteger a bens jurídicos diversos”).

“Por tanto, no se vulnera el *nos bis in idem* cuando se castiga dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho pero para proteger, en cada ocasión, un bien jurídico distinto – se entiende que siempre y cuando cada lesión del bien jurídico en cuestión esté tipificada por la ley como una infracción diferente –. Si hay distinto bien jurídico se origina un concurso ideal de infracciones – uno solo hecho causa infracciones distintas – que [...] permite varios castigos.” (SOTOMAYOR, 2008, p. 47 et seq.) (Tradução livre: “Portanto, não é vulnerado o *ne bis in idem* quando se pune duas vezes ao mesmo sujeito pelo mesmo fato para proteger, em cada situação, bem jurídico distinto – entende-se que sempre e quando cada lesão ao bem jurídico em questão esteja tipificada por uma lei como uma infração diferente –. Se há distintos bens jurídicos, origina-se um concurso formal de infrações – só um fato causa infrações distintas – que [...] permite diversas sanções.”).

⁴²¹ No original: “[...] hay que tener en cuenta no sólo el bien jurídico protegido sino, también, el ataque o lesión a ese bien, porque si hay dos ataques distintos al mismo bien jurídico cada uno de los castigos tendrá un fundamento propio y cabrá, en consecuencia, la imposición de todos ellos sin que se vulnere el *non bis in idem*. O sea, la identidad de fundamento comporta, en realidad, dos identidades: la identidad de bien jurídico o interés público protegido e identidad de lesión o ataque a ese bien.”

⁴²² “Esta posición fue adoptada por el Tribunal Constitucional en la decisión STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 14, al manifestar: ‘en este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de Ley)’.” (TORRADO, 2008, p. 284 et seq.) (Tradução livre: “Esta posição foi adotada pelo Tribunal Constitucional na decisão STC 236/2007, de 7 de novembro, F.J. 14, ao manifestar: ‘neste sentido, temos declarado que a exigência de um fundamento

que caracterizem a identidade de fundamento com base em interesse jurídico, fundamento jurídico ou defesa social.⁴²³

Esse critério também é previsto na legislação espanhola, como método de resolução de concursos aparente de normas, especialmente, entre infrações administrativas. Alejandro Nieto García (2005, p. 509) ressalta que a Lei que regula o poder sancionador das Administrações Públicas e da Comunidade Autônoma do País de Vasco (LPSPV – Lei 2/1998) procurou definir a identidade de fundamento com base no bem jurídico ofendido ou posto em perigo.⁴²⁴

Esta vertente também é objeto de críticas. Segundo a doutrina, a caracterização da identidade de fundamento com base no bem jurídico protegido pela norma ou nas ofensas a

diferente requer que cada uma das penas impostas a título principal estejam orientadas à proteção de intereses ou bens jurídicos diversos, dignos de proteção, cada um deles, no sentir do legislador ou do poder regulamentar (prévia cobertura legal suficiente) e tipificados na correspondente norma legal ou regulamentar (considerado o principio da reserva de lei)'.”).

⁴²³ “La determinación de este elemento para la aplicabilidad del principio non bis in ídem lejos de presentar una claridad deseada e indispensable para no menoscabar el respecto por el postulado, se muestra un tanto oscuro en algunos aspectos como son su denominación y objeto de aplicación. Así, el primer obstáculo con el cual nos enfrentamos cuando estudiamos este requisito es el relativo a su denominación. En este sentido, el panorama que nos presenta el Tribunal Constitucional es un poco sombrío, ya que este órgano no se ha preocupado por definirlo. [...] nos encontramos a un concepto que ha sido denominado por el Tribunal Constitucional de diferentes maneras, a saber: bien jurídico, interés jurídico, fundamento jurídico o la misma perspectiva de defensa social.” (TORRADO, 2008, p. 278 et seq.) (Tradução livre: “A determinação deste elemento para a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* longe de apresentar claridade desejada e indispensável para não desprezar o respeito ao postulado, mostra-se um tanto obscura em alguns aspectos como são sua denominação e objeto de aplicação. Assim, o primeiro obstáculo que enfrentamos quando estudamos este requisito é o relativo a sua denominação. Sob esse aspecto, o panorama que nos apresenta o Tribunal Constitucional é um pouco sombrio, já que este órgão não se preocupa em defini-lo. [...] nos encontramos com um conceito que tem sido denominado pelo Tribunal Constitucional de diversas maneiras, a saber: bem jurídico, interesse jurídico, fundamento jurídico ou a mesma perspectiva de defesa social.”). “Esta confusión conceptual se puede también palpar cuando nos remitimos a las decisiones del Tribunal Supremo al respecto.” (TORRADO, 2008, p. 279) (Tradução livre: “Esta confusão conceitual também pode ser encontrada quando nos remetemos às decisões do Tribunal Supremo a respeito.”).

⁴²⁴ “La LPSPV, consciente de la ambigüedad de esta cuestión, ha decidido aclararla en los siguientes términos – discutibles pero ingeniosos – de su artículo 4.3: ‘Se entenderá que existe idéntico fundamento cuando el bien jurídico que se proteja con la tipificación de la infracción administrativa y el riesgo a que atiende tal protección sean los mismos que contemplan el tipo penal o administrativo preexistente’. Lo que se pormenoriza luego en el artículo 18.2: ‘se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción que se esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción.’ (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509) (Tradução livre: “A LPSPV, consciente da ambigüidade desta questão, decidiu aclará-la nos seguintes termos – discutíveis, porém engenhosos – de seu art. 4.3: ‘Entende-se que existe idéntico fundamento quando o bem jurídico protegido com a tipificação da infração administrativa e o risco evitado com essa proteção sejam os mesmos contemplados no tipo penal ou administrativo pré-existente’. Essa disposição é pormenorizada no art. 18.2: ‘entende-se que há identidade de fundamento quando: a) A infração penal ou administrativa punível com pena ou sanção sob consideração; b) Existindo certas diferenças entre os bens jurídicos protegidos ou riscos contemplados, estas não tenham a materialidade suficiente para justificar a dupla sanção, por referir-se a aspectos cuja proteção não requer a segunda sanção.’”).

ele perpetradas não permite que os elementos necessários à aplicação do *ne bis in idem* estejam claros. A identidade de fundamento torna-se requisito confuso e a confusão doutrinária e jurisprudencial também se encontra na legislação (TORRADO, 2008, p. 280).

Críticas também recaem sobre o conceito de bem jurídico, cuja natureza é considerada incerta e obscura. Alejandro Nieto García (2005, p. 511, tradução livre⁴²⁵) sustenta que:

A pluralidade de bens jurídicos como justificação do *bis in idem* é um lugar comum em nossa jurisprudência. [...] *os interesses protegidos, junto com as relações de sujeição especial operam como uma grande limitação para justificar as exceções ao regime garantidor do Direito Administrativo Sancionador.* [...] Quando um princípio não tem aplicação possível – ou não se deseja aplicá-lo – na prática, para justificar seu bloqueio, acode-se ao subterfúgio de invocar a presença de uma relação de sujeição especial ou de uma variedade de interesses protegidos.

Mesmo o conceito de bem jurídico não é pacífico na doutrina (TORRADO, 2008, p. 280 et seq.). A identificação de condutas ofensivas aos bens jurídicos e mesmo a determinação de seu conceito são objeto de amplos debates doutrinários. Se, por um lado, há autores que defendem a inutilidade do conceito de bem jurídico para a legitimidade da intervenção penal (JAKOBS, 2008, p. 65), por outro, mesmo autores que defendem o conceito de bem jurídico para legitimidade da tipificação penal admitem incriminações penais legítimas na ausência de bem jurídico (ROXIN, 2006, p. 27).⁴²⁶

Propõe-se, ainda, a análise da norma tipificadora para perquirir sobre o bem jurídico, isto é, que se procure “desentranhar a verdadeira intenção do legislador” (TORRADO, 2008, p. 285),⁴²⁷ hipótese em que se mescla o critério da norma legal com o do

⁴²⁵ No original: “La pluralidad de bienes jurídicos agredidos como justificación del *bis in idem* es un lugar común de nuestra jurisprudencia. [...] *los intereses protegidos, junto con las relaciones de sujeción especial, operan como la gran coartada para justificar las excepciones al régimen garantizador del Derecho Administrativo Sancionador.* [...] Cuando un principio no tiene aplicable posible – o no se quiere aplicar – en la práctica, entonces, para justificar su bloqueo, se acude al subterfugio de invocar la presencia de una relación de sujeción especial o de una variedad de intereses protegidos.”

⁴²⁶ “[...] o princípio da proteção de bens jurídicos não se deve ver, sem embargo, como o único critério para a legitimação de tipos penais” (ROXIN, 2006, p. 27).

“Roxin fala ainda em mais duas exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária da punição. Além da proteção de animais e plantas, menciona ele a proteção ao embrião e aos interesses de gerações futuras, porque, se é verdade que nenhum destes dois interesses é passível de referência aos indivíduos hoje concretamente existentes, nem às condições de subsistência do atual sistema social, também é verdade que a sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal.” (GRECO, 2004, p. 109).

⁴²⁷ “De otra parte, en el segundo caso, cuando el camino escogido es el de interpretar el contenido del concepto de bien jurídico desde el conjunto de la norma y no desde los elementos normativos que integran la infracción se nos impone una lectura diversa. En este caso de lo que se trata es de dos normas que contienen una

bem jurídico protegido.

Em sentido contrário, Alejandro Nieto García (2005, p. 510, tradução livre⁴²⁸) sustenta que o regime do *ne bis in idem* não se altera pela variedade de bens ou interesses protegidos:

É frequente que [...] a jurisprudência justifique a duplicidade de infrações pela presença de bens ou interesses jurídicos de natureza distinta, que cada norma pretende proteger; e o mesmo, e ainda com maior frequência, sucede com as leis. [...] Em minha opinião, a eventual variedade de bens e interesses protegidos não altera o regime jurídico da proibição do *bis in idem*, pois a única legitimação para que o legislador tipifique como infração determinadas condutas é que elas lesionem tais interesses. Uma coisa é a justificação ou motivação da norma e outra muito distinta seu conteúdo que, para estes efeitos, é o que importa. O que significa que *há de ser a própria norma* que se preocupe em incluir no tipo as matizações inerentes ao interesse que está querendo proteger; se assim o faz, produzirá efeitos; caso contrário será irrelevante. É explicável que a legislação sanitária não deixe passar o risco que, para a saúde pública, representam as águas contaminadas, porém isso não significa que se limite a reproduzir literalmente um tipo anterior, mas que, por causa desse interesse peculiar que lhe preocupa, tipifique o suposto de contaminação de águas *potáveis* e isto, sim, tem efeitos jurídicos.

Outro argumento contrário à caracterização da identidade de fundamentos como

descripción típica muy semejante y que a primera vista pareciera proteger el mismo bien jurídico. En este sentido, se impone una lectura del texto normativa en su conjunto para a partir de ahí desentrañar la verdadera intención del legislador y con ello precisar el bien jurídico que buscaba proteger. Para lograr este objetivo, nos debemos remitir a los antecedentes que motivaron la norma o los debates parlamentarios que se dieron durante su proceso de elaboración o a su exposición de motivos, con el fin de indagar por el bien jurídico que el legislador intentó preservar en la ley.” (TORRADO, 2008, p. 285) (Tradução livre: “De outra parte, no segundo caso, quando o caminho escolhido é o de interpretar o conteúdo do conceito de bem jurídico com base na norma e não nos elementos normativos que integram a infração, nos é imposto uma leitura diversa. Neste caso, trata-se de duas normas que contêm descrição típica muito semelhante e que a primeira vista pareceria proteger o mesmo bem jurídico. Neste sentido, impõe-se uma leitura do texto legal em seu conjunto para, a partir daí, desentranhar a verdadeira intenção do legislador e, com isso, precisar o bem jurídico que busca proteger. Para chegar a esse objetivo, devemos nos remeter aos antecedentes que motivaram a norma ou aos debates parlamentares que ocorreram durante o processo de sua elaboração ou a sua exposição de motivos, com o fim de indagar pelo bem jurídico que o legislador tentou preservar na lei.”).

⁴²⁸ No original: “Es muy frecuente que [...] la jurisprudencia justifique la duplicidad de infracciones por la presencia de bienes o intereses jurídicos de naturaleza distinta, que cada norma quiere proteger por su cuenta; y lo mismo, y aún con mayor frecuencia, sucede con las leyes. [...] En mi opinión, sin embargo, la eventual variedad de bienes e intereses protegidos no altera el régimen jurídico de la prohibición de *bis in idem*, puesto que lo único que legitima es que el legislador tipifique como infracción acciones que lesionen tales intereses. Ahora bien, una cosa es la justificación o motivación de la norma y otra muy distinta su contenido que, a estos efectos, es lo que importa. Lo que significa que *ha de ser la propia norma* la que se preocupe de incluir en el tipo las matizaciones inherentes al interés que está queriendo proteger; si así lo hace, producirá efectos; mas en otro caso será irrelevante. Es explicable que la legislación sanitaria no deje pasar por alto el riesgo que para la salud pública representan las aguas contaminadas, pero ello no significa que se limite a reproducir literalmente un tipo anterior sino que, cabalmente por causa de ese interés peculiar que le preocupa, tipifica el supuesto de contaminación de aguas *potables* y esto sí que tiene efectos jurídicos.”

identidade de bens jurídicos protegidos, lesados ou postos em perigo é que a aplicação da sanção administrativa não demanda a análise da afetação a esses bens. Segundo essa doutrina, embora se utilize o direito administrativo sancionador para a proteção de bens jurídicos, a lesividade a esses bens não é requisito de legitimidade da intervenção administrativa. Essa é a objeção levantada por Dino Carlos Caro Coria (2007, p. 318, tradução livre⁴²⁹) em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Peruano:

O Tribunal Constitucional define a “identidade de fundamento” como “identidade de bem jurídico” ou “identidade de interesse protegido”, equiparação problemática porque a proibição de *bis in idem* não só deve ser aplicada às infrações penais que possam interpretar-se, ao menos segundo a doutrina majoritária, conforme a teoria dos bens jurídicos. O direito administrativo sancionador não se rege pelo princípio de lesividade, mas por “critérios de afetação geral, estatística em todo caso” [Percy García Caveró]. Por isso a sanção administrativa não requer a verificação da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos; geralmente opera como resposta a condutas formais ou simples desobediência a regras de ordenação que “asseguram expectativas referentes ao funcionamento global de um setor de tráfico social e têm como finalidade unicamente que estes sectores não entrem colapso” [Percy García Caveró].

A doutrina penal, ao analisar o concurso aparente de normas, não considera o critério do bem jurídico tutelado, ofendido ou posto em perigo, essencial para identificar a norma aplicável, pois é possível que uma conduta caracterize um só ilícito e não possa ser duplamente punida, mesmo que lesione bens jurídicos distintos (HORTA, 2007, p. 150).

Portanto o critério do bem jurídico tutelado ou ofendido não caracteriza a identidade de fundamento para fins de aplicação do *ne bis in idem*.

5.1.3.3 Identidade de fundamento como identidade de relação jurídica substrato da sanção

Considerando os problemas apontados na caracterização da identidade de fundamentos, é necessário estabelecer mecanismo de solução dos concursos aparentes de normas, que limite a discricionariedade na aplicação das sanções, sem reduzir o *ne bis in idem*

⁴²⁹ No original: “El TC define además la ‘identidad de fundamento’ como ‘identidad de bien jurídico’ o ‘identidad de interés protegido’, equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino más bien por ‘criterios de afectación general, estadística en todo caso’ [Percy García Caveró]. Por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, que ‘aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen’ [Percy García Caveró].”

a mero postulado teórico.

Com base nessas considerações, identifica-se a unidade de fundamento com base na relação jurídica substrato à imposição da sanção. Dessa forma, a aplicação de mais de uma sanção em razão do descumprimento dos mesmos deveres (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) caracteriza ofensa ao *ne bis in idem*.

A ordem jurídica, ao estabelecer direitos e obrigações, vincula as pessoas por meio de relações jurídicas. O descumprimento dos deveres inseridos em uma relação jurídica pode ensejar a aplicação de sanções; e, se a relação jurídica tem o Estado como sujeito ativo, ensejar também o exercício do poder punitivo. O mecanismo punitivo não existe fora de qualquer relação jurídica, pois, como sustenta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1996, p. 47), “desde que a ação do Estado, como *sujeito de direito*, não se situe em uma relação jurídica, desborda para fora do direito”.

Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 177) explica que a expressão relação jurídica pode ser usada em sentido amplo, como “toda relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos e, portanto, disciplinada pelo Direito”; ou em sentido estrito, caracterizada como “a relação da vida social disciplinada pelo Direito mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”.

Essa concepção também é adotada por Manuel A. Domingos de Andrade (1992, p. 2) que caracteriza a relação jurídica *stricto sensu* nos mesmos termos. Sobre a identificação da relação jurídica, Wille Duarte Costa (1994, p. 7) leciona que:

A representação mental que podemos fazer do *direito* de um sujeito com o correspondente *dever* de outro oferece-nos o juízo de *relação jurídica*. É como se uma linha imaginária ligasse os dois pólos, onde um deles indicasse, forçosamente, um dos sujeitos – *o ativo*, com o correspondente direito, enquanto no sentido oposto, o outro pólo indicasse o outro sujeito – *o passivo*, com o seu dever respectivo.

Segundo esse autor, a relação jurídica exige um vínculo jurídico, derivado da norma jurídica, que incide e regula a relação (COSTA, 1994, p. 9). Sustenta ainda que a relação jurídica tem seus termos imutáveis e não admite transposição entre os sujeitos que a integram, pois essa transposição estabelece “*nova relação jurídica*, ainda que as pessoas sejam as mesmas partes de um mesmo negócio jurídico” (COSTA, 1994, p. 13 et seq.).

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1996, p. 62) também defende que os termos da relação jurídica são imutáveis, mas entende que as relações jurídicas podem ser simples ou

desdobradas:

A relação jurídica é forma técnica, anódina, no Direito, através da qual, em sua estrutura elementar, uma pessoa se vincula a outra em torno de um objeto: dois sujeitos (o passivo x o ativo), um objeto e um vínculo jurídico (a norma) constituem a relação jurídica, que é a relação jurídica *simples* (o crédito de um sujeito para com o outro). No preenchimento da ordem jurídica, em sua dinâmica, elas, entretanto, como que se desdobram, se multiplicam, sempre uma conectada à outra, quando passam a ser ou coordenadas, ou justapostas, ou dependentes, ou principais, ou acessórias. [...] Neste teor devolutivo, já não se fala mais em relação jurídica unitária ou incipiente, mas em relação jurídica desdobrada, em que o sujeito ativo vem a ser o sujeito passivo e este aquele quando de um débito resulta um crédito e para ambos os titulares, advêm direitos, pretensões ou ações ou exceções diferentes, embora conexas. (VILHENA, 1996, p. 61).

Quanto aos elementos constitutivos, Wille Duarte Costa (1994, p. 15) aponta que, em sua menor unidade, a relação jurídica é constituída por dois sujeitos, um objeto e um vínculo.⁴³⁰ Para esse autor, o fato jurídico⁴³¹ não integra a relação, mas constitui “acontecimento, voluntário ou não, que dá origem à relação entre os sujeitos” (COSTA, 1994, p. 15); e a regra jurídica, ao incidir sobre o fato – tornando-o jurídico – desencadeia as relações jurídicas:⁴³²

⁴³⁰ “O vínculo jurídico tem assento e base na norma jurídica. Ele permite e habilita o sujeito ativo a exigir do sujeito passivo o cumprimento do dever jurídico, a adotar um determinado *comportamento*, dando-lhe os limites e contornos desse comportamento.” (COSTA, 1994, p. 47).

⁴³¹ “Fato jurídico é todo acontecimento capaz de fazer nascer, conservar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Para ser jurídico, sobre o fato haverá de incidir a regra jurídica, a fim de que possa pertencer à dinâmica do direito.” (COSTA, 1994, p. 17).

⁴³² “Na estrutura orgânica da relação jurídica, os sujeitos tomam posições opostas e diferentes, podendo um obter do outro determinado comportamento, visando à proteção ou à satisfação de um interesse qualquer, juridicamente protegido. O vínculo que se estabelece, tornando possível e estável a posição dos sujeitos, decorre da *regra jurídica*, cuja incidência verificou-se sobre o fato, tornando-o jurídico, em primeiro lugar, para depois difundir-se até a relação em si, onde se especializa. Para exemplificar e demonstrar que a *regra jurídica* incide primeiro sobre o fato, tornando-o jurídico, para dele surgirem as *relações jurídicas*, é suficiente o enfoque de uma *relação jurídica tributária*. Na relação jurídica tributária, tendo de um lado a Fazenda Pública como *sujeito ativo* e, de outro lado, o contribuinte como *sujeito passivo*, em posições opostas e diferentes, é certo que ambos, ao exame daquela relação, já foram delimitados por uma regra geral, de tal forma que, naquela *relação jurídica tributária*, à Fazenda Pública corresponde o *direito* de receber o tributo e ao contribuinte o *dever* de pagar o mesmo tributo. Ora, deixando de lado, é claro, as figuras do responsável tributário e outras, como nos casos de responsabilidade dos pais pelos tributos devidos pelos filhos, nem toda pessoa é contribuinte e só o contribuinte pode figurar como sujeito passivo da *relação jurídica tributária*, o que ficou delimitado por outra regra que não aquela correspondente ao dever de pagar o tributo. Só o contribuinte pode sujeitar-se a tal dever. Então, ocorrendo o *fato*, gerador do tributo, sobre ele incide a *regra jurídica* pela qual o contribuinte fica com o dever de recolher aos cofres do Estado a contribuição devida. Nasce, conseqüentemente, o *direito* do Estado e o *dever* do contribuinte. Se, ao contrário, na ocorrência do *fato* inexistir a figura do contribuinte, porque a regra não o definiu antes, não há como falar em *sujeito ativo* e *sujeito passivo* de tal relação, pois do fato não decorreu a *relação jurídica*, pela qual o Estado possa exigir o tributo de alguém. Sobre o *fato*, na última hipótese, não incidiu a regra, jurisdicizando-o, pelo que não se estabeleceu relação alguma.” (COSTA, 1994, p. 18 et seq.).

Posto que importante e necessária a existência da *relação jurídica*, o *fato jurídico* é elemento preexistente. Com ela não se confunde, nem participa de sua estrutura orgânica. Entenda-se que a *relação jurídica* é posterior ao fato jurídico. Este é o elemento exterior, bastante para fazer surgir a *relação jurídica* em si, mas que dela não participa efetivamente a não ser para lhe dar origem e vida. Tanto é que de um *fato jurídico* qualquer é comum surgirem várias relações jurídicas, decorrendo dele vários elos *dever-dever*, com sujeitos até mesmo diferentes. Além do mais, o fato jurídico ocorre, deles surgem várias *relações jurídicas*, estas permanecem com seus elementos estruturais, e o fato, comum a todas, desaparece e torna-se estéril. (COSTA, 1994, p. 16).

Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 178) considera que são elementos da relação jurídica: sujeitos, objeto, fato jurídico e garantia. Manuel A. Domingos de Andrade (1992, p. 6) estabelece esses mesmos elementos como necessários à existência da relação jurídica, mas afirma que eles “são de algum modo exteriores à própria relação”; e que, embora essa situação seja evidente quanto ao fato jurídico, se verifica também quanto aos demais elementos.

Consoante lição de Wille Duarte Costa (1994, p. 43), o objeto da relação jurídica é sempre um comportamento⁴³³ exigido, pelo sujeito ativo, em relação ao sujeito passivo, cuja obrigação deriva de um fato jurídico:

Dessa forma, o objeto da relação jurídica é o *comportamento*, no sentido de um *dever jurídico*, imposto ao *sujeito passivo* para satisfação do interesse do *sujeito ativo*, que não pode ser superior ao direito que é inerente, nem mesmo inferior, a não ser que a vontade do sujeito ativo possa manifestar-se no sentido de acolher a deficiência apresentada.

Diante da possibilidade de descumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, a ordem jurídica garante, ao sujeito ativo, meios coercitivos para exigir o adimplemento da obrigação: são as garantias ou sanções, que, para alguns, integram a relação jurídica (MOTA PINTO, 2005, p. 190⁴³⁴) e, para outros, não (COSTA, 1994, p. 20⁴³⁵).

⁴³³ Registre-se doutrina que entende como objeto da relação jurídica “outras pessoas, coisas corpóreas ou incorpóreas, modos de ser da própria pessoa e outros direitos” (MOTA PINTO, 2005, p. 190). Para críticas quanto a esse conceito de objeto da relação jurídica: Wille Duarte Costa (1994, p. 39 et seq.).

⁴³⁴ “A *garantia* da relação jurídica é o conjunto de providências coercitivas, postas à disposição do titular activo de uma relação jurídica, em ordem a obter a satisfação do seu direito, lesado, por um obrigado que o infringiu ou ameaça infringir. Trata-se da possibilidade, própria das relações jurídicas, de o seu titular activo pôr em movimento o aparelho sancionatório estadual para reintegrar a situação correspondente ao seu direito, em caso de infracção, ou para impedir uma violação receada. A garantia da relação jurídico-privada só entra, normalmente, em movimento sob o impulso do titular do direito subjectivo violado ou ameaçado, sendo a sua forma mais frequente a indemnização dos danos, patrimoniais ou não patrimoniais, causados ao direito do

O Estado estabelece com as pessoas submetidas a sua ordem jurídica relações gerais e especiais, que se caracterizam como relações jurídicas desdobradas, na concepção de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1966, p. 61).

Wille Duarte Costa (1994, p. 60) nega a existência de relações jurídicas entre uma pessoa e as demais de forma indeterminada. Segundo este autor, o que existe – especialmente no caso dos direitos reais – é relação de dominação, pois não se pode estabelecer juridicamente o direito de um contra todos. Consoante expressa:

Em primeiro lugar, quando o *direito de dominação* não for absoluto, ficando, por isso mesmo, limitado, sem poder o titular usar o bem como quiser, é certo que o titular não desfruta de direito algum, a partir do ponto em que se inicia a limitação. Se, ao contrário, o titular ficar obrigado a um determinado comportamento pela *ordem jurídica*, sua posição é evidentemente *passiva* e, se analisarmos, verificaremos que aquele sujeito, no pólo passivo, não tem e não pode ter direito algum. Se está aquele sujeito obrigado a um determinado comportamento, se deve abster-se de usar o que é seu de modo absoluto, não haverá titularidade alguma, e ele, em tais condições, deve subordinar-se ao interesse de toda a sociedade. Submete-se às limitações da *ordem jurídica* o sujeito que, não pode usar e desfrutar de modo absoluto, por inteiro, do que lhe pertence. Não estará mais do lado dominante, porque é dominado. A visão desse posicionamento implica em reconhecer que, por estar obrigado a um determinado comportamento, não lhe assiste direito algum a partir do ponto em que a limitação se inicia, em que o comportamento é exigido. (COSTA, 1994, p. 58).

A crítica não merece prosperar. No exemplo mencionado pelo autor, a aquisição da propriedade é fato jurídico que insere o proprietário em uma relação jurídica desdobrada com o Estado. Se o proprietário se encontra na posição de sujeito passivo, por estar limitado quanto ao uso da propriedade, também se encontra na condição de sujeito ativo ao uso da propriedade, nos termos estipulados pela ordem jurídica – não se encontra, portanto, em situação de total sujeição.

Ocorrido o fato jurídico, institui-se a relação jurídica entre o Estado e as pessoas anonimamente consideradas; e o descumprimento, por qualquer das partes, de obrigações impostas pela ordem jurídica possibilita ao sujeito ativo valer-se das garantias legalmente

titular.” (MOTA PINTO, 2005, p. 190 et seq.).

⁴³⁵ “Em verdade, a *garantia* e a *sanção* é que não participam da estrutura da *relação jurídica*. A primeira consiste naquilo que a ordem jurídica coloca à disposição do titular do direito, para que possa exigir a satisfação do direito, se violado. A segunda é também elemento exterior porque, resistindo o sujeito passivo a restabelecer o direito violado do titular, são tomadas providências sancionatórias, capazes de minar a resistência daquele que feriu o direito de outro.” (COSTA, 1994, p. 20).

estipuladas para compelir o sujeito passivo ao seu cumprimento.⁴³⁶

Se o Estado, na condição de sujeito passivo, descumpre uma obrigação, o sujeito ativo deve se valer da esfera judicial para compeli-lo ao adimplemento. Contudo, se o sujeito ativo for o Estado, além das garantias existentes na relação entre pessoas privadas, há possibilidade de utilização do poder punitivo.⁴³⁷

5.1.3.3.1 Diferenciação entre relações gerais e relações especiais

A doutrina não é pacífica quanto à existência de relações especiais entre o Estado e as demais pessoas. Parte da doutrina defende que esse conceito deve ser afastado por justificar a existência de poderes estatais em dissonância com os princípios do Estado de Direito (BLANCO; HUERTAS, 2002, p. 10 et seq.). Marçal Justen Filho (2011, p. 226) defende que seus efeitos podem ser retirados de outros institutos do Direito Administrativo e que “não se vislumbra um conteúdo próprio e autônomo para o conceito de sujeição especial, diverso do conceito de discricionariedade”.

Em sentido diverso, há autores que defendem a existência de relações especiais:

Bem por isso, não se confundem com a polícia administrativa as manifestações impositivas da Administração que, embora limitadoras da liberdade, promanam de vínculos ou relações *específicas* firmadas entre o Poder Público e o destinatário de sua ação. Desta última espécie são as limitações que se originam em um título jurídico especial, relacionador da Administração com terceiros. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 810).

A diferenciação entre relações gerais e especiais decorre da forma como a ordem

⁴³⁶ “A obrigação imposta a outro pela norma jurídica, cuja sanção está à disposição do legitimado, importa em exigir do sujeito passivo um determinado dever jurídico, um determinado e efetivo comportamento. Então, porquanto na *relação jurídica* una e simples existem dois sujeitos, o seu objeto reside no comportamento do sujeito passivo, positivo ou negativo, para satisfação do interesse do titular do direito subjetivo. Acrescenta-se, pelo que já ficou dito, que a satisfação do interesse do titular do direito dependerá, quase sempre, de sua vontade (expressa ou presumida), de tal forma que, manifestada a mesma e não sendo o comportamento aquele desejado, o sujeito ativo poderá exigir que o sujeito passivo atenda corretamente a seu interesse e direito, ainda que tenha de recorrer ao Judiciário para o compelir a tanto.” (COSTA, 1994, p. 42 et seq.).

⁴³⁷ “Subsiste sempre a possibilidade de o *sujeito passivo* não cumprir com o dever, seja não adotando um determinado comportamento, positivo ou negativo; seja adotando-o com restrições ou de modo insatisfatório. Em tais casos, se não for cumprido o *dever jurídico*, o titular do direito subjetivo, que é o *sujeito ativo*, pode pedir e obter judicialmente providências para coagir o titular do dever a satisfazer ao seu interesse, ou se, for o caso, para que se lhe aplique as sanções cabíveis na espécie.” (COSTA, 1994, p. 37 et seq.).

“Na relação em si, com a norma vinculando um sujeito ao outro, não se pode ter a sanção como participante da relação. A sanção é elemento exterior, que só será aplicada se o sujeito passivo tiver descumprido o seu dever. Se o sujeito passivo não atender (estando obrigado) ao comportamento exigido pelo sujeito ativo e a este garantido pela norma jurídica, o sujeito passivo poderá ser conduzido a reparar o que foi violado, obrigando-se a recolocar tudo em seu devido lugar, sob pena de sujeitar-se à *sanção* ditada pela norma jurídica. É da essência do direito a coercibilidade da norma jurídica, o que a faz distinguir-se das demais normas da ordem social.” (COSTA, 1994, p. 47 et seq.).

jurídica regula o exercício dos direitos e deveres, consoante lição de Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 24):

A diferença está em que, quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a *Administração* uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o *Estado*, caracterizado pelo poder deste, através da lei, regulamentar atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei. Assim, a vinculação genérica do *Estado* com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a *Administração*, na dependência – e, sobretudo, nos limites – da opção legislativa. [...] O particular estabelece com a *Administração* vínculos específicos, propiciatórios de poderes administrativos especiais, quando: a) integra-se a seu aparelho burocrático; b) recebe delegação de atividade estatal; c) contrata com a *Administração*; ou d) utiliza serviço público ou é beneficiado pelo uso direito ao uso especial de bem público.

Nas relações especiais, as pessoas mantêm vínculo com o Estado do qual derivam direitos e deveres diferenciados daqueles garantidos e exigidos das pessoas em geral. Todavia, os poderes da Administração sobre os sujeitos com os quais estabelece essas relações não são ilimitados.

Essas relações são criadas pela lei, em sentido estrito, que determina seu conteúdo jurídico e os limites de disponibilidade de direitos das partes envolvidas. Não há relações especiais, na ordem jurídica brasileira, na ausência de norma legal que as prevejam. Os poderes da Administração sobre a outra parte dependem de previsão legal e apenas podem ser exercidos nos limites legais. Portanto, o regime jurídico dessas relações não tem as mesmas características que lhes foram outorgadas no passado.⁴³⁸

As relações especiais caracterizam-se pela necessária **discricionariedade** administrativa na regulação de seu conteúdo. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 163) corrobora com esse entendimento ao afirmar que, no “âmbito das relações de especial sujeição, a Administração Pública deve dispor de poderes normativos mais extensos que

⁴³⁸ “De conseqüência, a concepção original das relações de sujeição especial, que pressupõe a existência de um campo de atuação da Administração Pública livre da incidência do princípio da legalidade, não pode ser aceita no ordenamento jurídico pátrio, no qual é acolhido como princípio fundamental o Estado de Direito, já no art. 1º da Constituição Federal. Isso não significa negar a existência da categoria das relações de sujeição especial, mas simplesmente reconhecer que as conseqüências que a ela eram originalmente vinculadas não são admissíveis em ordenamentos que acolhem o princípio do Estado de Direito. Com efeito, é inegável que a situação jurídica das pessoas que ingressam no âmbito da Administração Pública, exercendo alguma atividade especial no seio do aparato estatal é diversa da situação jurídica da generalidade dos indivíduos, submetidos ao geral poder de império estatal.” (MELLO, 2007, p. 161 et seq.).

aqueles que dispõe no campo das relações de sujeição em geral”. Contudo, essa discricionariedade é delimitada pela lei que prevê a relação e determina seus limites.⁴³⁹

Nas relações gerais, as normas legais regulam relações anônimas entre as pessoas e destas com o Estado e determinam a esfera de liberdade, ao estipular o comportamento devido nas relações interpessoais.⁴⁴⁰

Como considera Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 38 et seq.), a norma jurídica, ao regular os direitos e deveres nas relações gerais, pode condicionar o exercício de um direito à manifestação da Administração. Nestas hipóteses, a norma atribui à Administração a competência para fiscalizar o cumprimento das condições necessárias ao exercício desse direito. A atividade fiscalizatória não altera a natureza da relação geral, tendo em vista seu caráter estritamente vinculado, que garante ao interessado que cumpre os requisitos previstos na norma o direito subjetivo de exercer atividades ou usar a propriedade, na forma e condição legalmente previstas; garante-se, portanto, ao interessado o “direito ao deferimento do pedido” (SUNDFELD, 2003, p. 43).

Eventual discricionariedade atribuída à Administração, no exercício de fiscalização das relações gerais, caracteriza delegação legislativa. Nesses casos, o princípio da isonomia exige que a Administração estabeleça critérios impessoais para concessão desses direitos, especialmente se seus benefícios não podem ser concedidos a todos interessados (SUNDFELD, 2003, p. 48).

As relações especiais são previstas em lei que condiciona o exercício de direitos e deveres à existência de ato jurídico posterior (ato administrativo, sentença ou contrato) que as institua (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 810). Por demandarem ato jurídico prévio, voluntariamente estabelecido, ou imposto nos termos da lei, essas relações são estabelecidas

⁴³⁹ Em sentido contrário: “A Administração exerce poder especial quando um vínculo específico a une ao particular [...] Ao atuar nesse campo, o particular não é livre, podendo agir apenas nos termos e condições definidas pelo Estado. Decerto que, por força do princípio de legalidade estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Nacional, a lei é o instrumento normal para a definição dos direitos e deveres dos particulares quando entram em relação especial com o Estado. Porém, na lacuna da lei, não se pode afirmar a vigência, em favor dos particulares, da regra da liberdade, de modo a permitir-lhe a fruição livre (isto é, nas condições que julgarem adequadas) de serviço público, p. ex. A titularidade dos serviços públicos, outorgada pela Carta Constitucional à Administração, conquanto não os subtraia da regulamentação legislativa, confere-lhe o poder implícito de, na ausência de lei, regular os direitos e devers dos particulares que os utilizem. Assim, quando atuam no campo estatal, os administrados podem ser submetidos aos direitos e deveres impostos – em decorrência de lacuna legal – por norma administrativa.” (SUNDFELD, 2003, p. 30 et seq.).

⁴⁴⁰ “O poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade – nos termos destas mesmas leis – *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*. Daí a ‘supremacia geral’ que lhe cabe.” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 810).

entre pessoas determinadas.

Como existem relações especiais impostas à Administração em situação de vinculação (v.g. a guarda de pessoa condenada à pena privativa de liberdade por sentença penal), a caracterização dessas relações não se faz com base na discricionariedade do ato jurídico que a institui.

As relações especiais somente se caracterizam se a discricionariedade for necessária à preservação da autonomia e independência dos poderes e, nesse sentido, constitucionalmente garantida. Portanto, exige-se que o vínculo tenha **conteúdo jurídico** referente à organização e à gestão interna da Administração Pública, ou à delegação de atividades estatais.⁴⁴¹

Esse aspecto é essencial, pois, apenas em relação a esses temas, há discricionariedade constitucionalmente assegurada aos poderes estatais,⁴⁴² que a lei não pode suprimir, embora deva regular. Logo, não é a existência das relações especiais que garante discricionariedade à Administração; mas a discricionariedade constitucionalmente assegurada é requisito à configuração dessas relações.

Conclui-se que são três os elementos necessários à caracterização das relações especiais: a) previsão e determinação legal de sua existência e conteúdo; b) conteúdo relacionado à organização e gestão interna dos poderes públicos, inclusive a delegação de atividades estatais, em relação aos quais a CRFB/88 garante discricionariedade administrativa; c) ato jurídico que institua a relação entre determinada(s) pessoa(s) e a

⁴⁴¹ “Ainda, as relações de sujeição especial somente existem quando alguém se insere na intimidade de um órgão ou entidade administrativa. Fora destas situações não há que se falar em sujeição especial.” (ZOCKUN, 2011, p. 280).

⁴⁴² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. [...] Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...] IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; [...] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; [...] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...] Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; [...] Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Administração.

5.1.3.3.2 Manifestação do poder punitivo nas relações gerais e especiais

O descumprimento de obrigações jurídicas pode desencadear o exercício do poder punitivo, com base na previsão legal que estabelece a aplicação de sanção pelo inadimplemento.

No âmbito das relações gerais, o descumprimento de obrigações desencadeia sanções penais, judiciais não penais ou administrativas de polícia – obedecidos os requisitos para a aplicação de cada uma delas. Portanto, essas sanções têm como substrato as relações gerais entre as pessoas e o Estado, que, como sujeito ativo da relação, exige determinados comportamentos conforme previsão em lei.

O descumprimento de obrigações estabelecidas em relações especiais também pode desencadear o exercício do poder punitivo estatal, que se manifesta por meio da imposição de sanções disciplinares ou das sanções políticas constitucionalmente determinadas. O substrato dessas sanções são as relações especiais, pois aquelas decorrem do descumprimento de obrigações estabelecidas entre partes determinadas, descumprimento esse que afeta, especialmente, os objetivos que a Administração pretende alcançar por meio da relação.

Segundo a doutrina, o poder punitivo exercido pela Administração no âmbito das relações gerais e das relações especiais tem finalidade diversa. Nas relações gerais, sua finalidade é “preservar os interesses gerais da coletividade mediante o castigo de condutas dos cidadãos que vulneram a ordem previamente estabelecida” (BLANCO; HUERTAS, 2002, p. 9 et seq., tradução livre). Nas relações especiais, o poder disciplinar, caracterizado como de “autoproteção”, tem por finalidade “manter a ordem e a eficácia da organização interna da Administração Pública” (BLANCO; HUERTAS, 2002, p. 9 et seq., tradução livre).

O exercício do poder disciplinar restringe-se às pessoas que se encontram sujeitas à disciplina da Administração (BOCCANERA, 1980, p. 284) e se fundamenta em sua potestade organizativa e nos valores constitucionais de eficácia e eficiência (BLANCO, HUERTAS, 2002, p. 10 et seq.).

Assim, haverá fundamento diverso que justifica a dupla punição, se as sanções impostas tiverem por finalidade punir o descumprimento de obrigações estabelecidas em relações diversas. Uma conduta pode ser proibida às pessoas submetidas à determinada ordem jurídica e também ser proibida em uma (ou mais) relação especial que determinada pessoa mantém com a Administração.

O comportamento exigido pela Administração deve repercutir na relação. Não se admite que, ao estabelecer a relação especial, a Administração possa determinar como contrária a essa relação a inobservância de qualquer dever prescrito às pessoas na esfera das relações gerais.⁴⁴³

Determinados deveres impostos nas relações gerais podem ser exigidos nas relações especiais se a função desempenhada pela pessoa, nessa relação, tiver conexão com os deveres exigidos nas relações gerais. Assim, dirigir embriagado pode caracterizar ofensa a um dever específico, no caso de servidor público que ocupa o cargo de motorista, mas não tem qualquer repercussão nas relações especiais travadas entre a Administração e os servidores que ocupam cargos burocráticos e aos quais se veda a condução de veículos estatais.

Além da necessária repercussão do fato na relação, deve haver a tipificação em normas próprias, pois o exercício do poder disciplinar demanda previsão normativa que estabeleça a conduta proibida (as obrigações) nessa esfera.

Essa exigência decorre da necessária previsão, das obrigações exigíveis entre as partes de uma relação jurídica, e da exigência de tipicidade para o exercício do poder disciplinar. É imprescindível que o fato esteja tipificado como ilícito no âmbito da relação especial que dá substrato à sua aplicação; sem essa tipificação não se admite sancionar disciplinarmente pelo descumprimento de obrigações estipuladas nas relações gerais.

Se houver a previsão da obrigação nas duas relações – pela norma geral (penal ou administrativa de polícia) e pela norma que regula a relação especial –, seu inadimplemento caracterizará um mesmo fato, passível de dupla punição, pois o fundamento (substrato) de cada sanção é diverso: o descumprimento de um dever geral determinado a todas as pessoas submetidas à ordem jurídica e de um dever específico para com a Administração.

Essa situação existe nas atividades privadas. Um empregado, que subtrai determinado bem da empresa em que labora, poderá sofrer a sanção penal correspondente ao furto ou apropriação indébita e ter seu contrato rescindido por justa causa. A primeira sanção tem por fundamento as relações gerais entre pessoas indeterminadas, que impõem o dever de

⁴⁴³ O do art. 137, II, 13, da Lei 9.319/2007, do Município de Belo Horizonte, que “*Institui o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte e dá outras providências*” determina que: “Art. 137 - Constituem infrações à disciplina, entre outras hipóteses, sem prejuízo das sanções cíveis e penais aplicáveis à espécie: [...] II - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina, tais como as abaixo especificadas, entre outras passíveis de sanção disciplinar: [...] 13) deixar de prover o sustento da sua família [...]”. (BELO HORIZONTE. Município de. Lei 9.319, de 19/01/2007). Essa infração mostra-se inconstitucional, por não ter qualquer relação com deveres exigidos e com os objetivos que a Administração busca alcançar.

respeitar a propriedade alheia; a segunda recai diretamente na relação que o empregado mantém com a empresa e decorre dela.

A caracterização da identidade de fundamento com base nas relações existentes entre as pessoas e o Estado/Administração não considera a autoridade competente para a imposição da sanção, mas tão somente se a sanção deriva do descumprimento de normas estabelecidas na mesma relação jurídica. Como a ordem jurídica brasileira atribui a diversos órgãos a competência para impor sanções disciplinares, nem sempre a sanção será imposta pelo órgão administrativo a que se vincula a pessoa sancionada.

A ordem jurídica brasileira atribui à Administração que mantém o vínculo com o infrator, aos órgãos do Tribunal de Contas, aos órgãos de corregedorias e ao Poder Judiciário a competência para impor sanções administrativas disciplinares a determinadas pessoas que mantêm relações especiais com o Estado – especialmente, mas não só, aos servidores públicos.

A multiplicidade de autoridades competentes para aplicação de sanções, que visam à punição do descumprimento de deveres da mesma relação, poderá caracterizar ofensa ao *ne bis in idem*. Assim, sanções impostas aos agentes públicos pelos Tribunais de Contas ou pelo Poder Judiciário, com fundamento em relações especiais, devem excluir a possibilidade de aplicação de novas sanções à mesma pessoa, pelos mesmos fatos, na mesma relação.

Ainda que seja possível a aplicação de uma sanção geral (penal ou administrativa de polícia) e de uma disciplinar à mesma pessoa, pelo mesmo fato, não é possível aplicar mais de uma penalidade pelo descumprimento das mesmas obrigações estabelecidas em uma mesma relação jurídica. Contudo, se a pessoa mantém diversas relações especiais com a Administração, pode ser punida por atos praticados em todas elas, sem ofensa ao *ne bis in idem*, pois a identidade de fundamento caracteriza-se pela relação estabelecida e não pelo tipo de relação.

5.2 CONCURSO APARENTE DE NORMAS PUNITIVAS

Há concurso aparente de normas se o mesmo conteúdo de ilícito é tipificado por duas ou mais normas. Nesse caso, para determinar a norma prevalecente e a(s) que deve(m) ser afastada(s), a doutrina desenvolveu os critérios de especialidade, consunção subsidiariedade e alternatividade.

Contudo, não há unanimidade, na doutrina do Direito Penal, quanto à existência

desses critérios (VASCONCELOS, 1975, p. 97 et seq.),⁴⁴⁴ pois, ao lado de autores que atribuem autonomia aos quatro critérios, outros defendem a existência de apenas um, dois ou três deles. Mesmo entre os autores que defendem a autonomia de todos, não há uniformidade quanto às hipóteses em que eles devem ser aplicados, conforme destaca Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 98):

[...] se as dissidências da doutrina são significativas quanto ao elenco das relações entre normas determinantes do concurso aparente, tem proporções caleidoscópicas o conjunto de posições divergentes quando se trata de definir quais são as hipóteses de convergência características de umas e outras. [...] R]eina absoluta discórdia sobre o âmbito de aplicação dos critérios da especialidade, da consunção e da subsidiariedade.

Mesmo a denominação “concurso aparente de normas” comporta divergências,⁴⁴⁵ pois diversos autores o denominam “concurso aparente de tipos”, “concurso aparente de leis”, “unidade de leis”, “colisão de normas penais” ou “conflito de normas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 630; HORTA, 2007, p. 6).⁴⁴⁶

A doutrina vincula o concurso aparente de normas ao *ne bis in idem*, ao apontar que este concurso decorre desse princípio ou que tem por finalidade efetivá-lo. Sobre o tema, José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 37) manifesta que:

A aplicação dos princípios que encerram o conflito aparente tem por objetivo evitar o *bis in idem*. Conhecendo as relações e a hierarquia das leis, o julgador pode evitar a dupla condenação do réu pelo mesmo fato delituoso. [...] Com o emprego dos princípios do conflito aparente, objetiva-se evitar o duplo castigo, adotando-se uma das normas que se excluem entre si. O fundamento jurídico dessa regra tem apoio na conveniência de ajustar o castigo ao fato delituoso, uma só vez, tendo-se em conta que a confluência de normas é simplesmente fictícia. Seu reconhecimento se impõe como medida de justiça e de equidade.

⁴⁴⁴ “No que tange às formas de relação entre normas, necessárias para descrever e, assim, viabilizar a identificação segura das várias hipóteses de concorrência aparente, à exceção da especialidade, reconhecida praticamente por todos, as demais são rejeitadas por alguns autores com quase a mesma frequência com que são acolhidas por outros.” (HORTA, 2007, p. 93).

⁴⁴⁵ “Tem-se chamado concurso aparente de leis (Nuñez, Liszt), concurso aparente de normas (Frederico Marques, Aníbal Bruno), conflito aparente de normas (Magalhães Noronha, Hungria) e até concorrência aparente de normas (Stevenson).” (ROCHA, 1966, p. 82).

⁴⁴⁶ Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 24 et seq.) leciona que as diversas denominações do fenômeno são objeto de crítica e mesmo a expressão “concurso aparente de normas” é questionada por ser contraditória, “pois o predicado nega aquilo que o substantivo afirma” (HORTA, 2007, p. 29). Contudo, esse autor adere a essa expressão a fim de “guardar fidelidade a uma denominação convencional, principalmente em respeito à sinteticidade de que devem ser dotadas as expressões com as quais opera a Ciência do Direito” (HORTA, 2007, p. 29).

Fábio Medina Osório (2005, p. 403) afirma que o concurso aparente de normas decorre do *ne bis in idem* e Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 54) sustenta que o âmbito de aplicação desse princípio coincide, em essência, com este concurso. Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 21 et seq.), Lincoln Magalhães da Rocha (1966, p. 87) e Tomás Cano Campos (2001, p. 213) defendem que o concurso aparente de normas visa a efetivar o *ne bis in idem*.

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 01 et seq.) leciona que o concurso aparente de normas pode ser visto sob dois aspectos. No primeiro, caracteriza-se como problema dogmático consistente na “subsunção de um único fato jurídico-penalmente relevante a uma pluralidade de normas penais que se sobrepõem na apreciação do seu desvalor”. No segundo aspecto, são apontados critérios que identificam e solucionam o problema dogmático. Sob esse prisma, o concurso aparente trata das possíveis relações entre as normas, e essas relações hão de determinar a aplicação das normas “na apreciação jurídico-penal do fato” e de indicar a norma prevalecente, por regular de forma mais complexa ou abrangente o fato (HORTA, 2007, p. 01 et seq.).

O problema dogmático deriva da necessidade de certeza, determinação, anterioridade e legalidade formal impostos ao Poder Legislativo e ao aplicador da norma. Nesse sentido, Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 22) sustenta que a certeza quanto à pena aplicável, que resguarda as pessoas contra o uso arbitrário do poder punitivo, não existiria se fosse admitido que o Estado pudesse – ao utilizar diversas possibilidades admitidas pela ordem jurídica para regular a conduta humana – multiplicar a ilicitude e a punibilidade do fato.⁴⁴⁷

Segundo a teoria dominante no Brasil, o concurso aparente de normas ocorre com a incidência de normas igualmente válidas sobre o mesmo fato.⁴⁴⁸ Desta condição deriva a necessidade de eleger uma – a que melhor traduza o conteúdo de injusto – a fim de evitar o *ne*

⁴⁴⁷ “Sem dúvida, os corolários da certeza, determinação, anterioridade e legalidade formal, que decorrem da chamada ‘reserva legal’, não vinculam apenas os pressupostos da punição, isto é, os contornos da conduta incriminada, mas também a própria punição, que há de estar claramente prevista em sua natureza e limites. E a certeza da pena aplicável que resguarda o cidadão quanto ao uso arbitrário do *jus puniendi* restaria aniquilada sem o reconhecimento de que, embora muitas vezes mais de uma norma autorize o Estado a punir um mesmo conteúdo de injusto – algumas inadvertidamente, outras atendendo a determinadas finalidades sistêmicas –, isso não importa na multiplicação de sua ilicitude, tampouco de sua punibilidade, mas simplesmente na disponibilidade, pela Ordem Jurídica, de diversas soluções, umas geralmente mais adequadas que as outras, para regular o caso concreto.” (HORTA, 2007, p. 22).

⁴⁴⁸ Sobre a teoria da invalidade parcial das normas descartadas no concurso aparente de normas: Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 16 et seq.).

bis in idem (CASTRO, 1980, p. 29).

Esse concurso pode ter origem na relação lógico-estrutural entre as normas que regulam os mesmos fatos ou na identidade de valoração jurídica existente nas diversas normas que os regulam (ROCHA, 1966, p. 88; CASTRO, 1980, p. 30). Ausente um desses requisitos, caracteriza-se o concurso de infrações, ainda que haja unidade de ação.

Consoante lições de Fábio Medina Osório (2005, p. 411) e Tomas Cano Campos (2001, p. 213), o concurso aparente de normas integra a teoria geral do Direito Punitivo, o que torna seus critérios aplicáveis não apenas ao Direito Penal, mas também ao Direito Administrativo Sancionador.⁴⁴⁹ Nesse sentido, considerando a teoria da unidade do poder punitivo estatal, por vezes, há a mesma valoração jurídica sobre condutas proibidas nas esferas penal e administrativa geral que podem caracterizar o concurso aparente.

A tipificação, na esfera administrativa geral, por Estados, Distrito Federal e Municípios, dos mesmos fatos, com pressupostos idênticos aos dos tipos penais, não está de acordo com a CRFB/88. Nesses casos, não há concurso aparente de normas, mas verdadeiros conflitos – antinomia – devido à invasão da esfera de competência da União por outros entes. Essa solução, contudo, não é aplicável se normas administrativas, idênticas às normas penais, são oriundas da União Federal.

Ademais, há hipóteses em que as normas penais e administrativas não estão em situação de antinomia, mas são válidas no ordenamento jurídico, devido à diversidade de seus pressupostos. Nesses casos, há apenas coincidência parcial do âmbito de incidência das normas, que podem tipificar o mesmo ilícito mais de uma vez, caracterizando o concurso aparente entre normas penais e administrativas. Essa é a lição Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 57 et seq., tradução livre⁴⁵⁰) ao estabelecer que:

⁴⁴⁹ “Resulta pacífica a possibilidade de concurso aparente de normas na tipificação da improbidade ou dos ilícitos administrativos *stricto sensu*. Esse fenômeno não é específico do Direito Penal, embora tenha sido aí, nesse ramo jurídico, o lugar onde o tema foi tratado de modo mais aprofundado. Não é uma prerrogativa do Direito Penal, um privilégio desse ramo jurídico, contar com o problema do conflito aparente de leis sancionadoras. Trata-se, em realidade, de um problema que diz respeito ao Direito Público Sancionador. É um problema que se encontra também na Teoria Geral do Direito, no campo de uma teorização geral, a respeito de tipicidade.” (OSÓRIO, 2005, p. 411).

⁴⁵⁰ No original: “Por tanto, puede haber concurso de normas punitivas aunque no sean idénticas. Es más, lo habitual es que no haya una coincidencia absoluta entre los tipos de las dos normas concurrentes. Basta con que la antijuridicidad y la culpabilidad del ilícito que tipifique una estén comprendidas en el que tipifique la otra – por ejemplo, las del homicidio en el asesinato –, aunque no suceda a la inversa. El sujeto, al realizar el tipo de una de las normas en concurso, habrá perpetrado inevitablemente el de la otra – aunque no siempre ocurra al revés –. Por eso, ni la existencia de concurso de normas punitivas es en sí misma un fenómeno patológico ni tiene nada de inconstitucional; la inconstitucionalidad se producirá si llegan a imponerse varios castigos previstos en las normas concurrentes.”

Portanto, pode haver concurso de normas punitivas ainda que não sejam idênticas. E mais, o habitual é que não haja coincidência absoluta entre os tipos das normas concorrentes. Basta que a antijuridicidade e a culpabilidade do ilícito que tipifica estejam compreendidas no tipo estabelecido em outra norma – por exemplo, as do homicídio no assassinato –, ainda que não suceda o inverso. O sujeito, ao realizar o tipo de uma das normas em concurso, terá consumado inevitavelmente o da outra – ainda que o inverso nem sempre ocorra –. Por isso, nem a existência de concurso de normas punitivas é em si mesmo um fenômeno patológico, nem é inconstitucional; a inconstitucionalidade se produzirá se houver a imposição das várias sanções previstas nas normas concorrentes.

Se, na Espanha, a vedação de *bis in idem* rejeita a dupla punição em tais situações, no Brasil, a situação é diversa, pois o concurso aparente de normas não é reconhecido na esfera administrativa, nem nas relações dessa esfera com a penal.

O *ne bis in idem* impõe, diante de normas punitivas, na esfera administrativa geral e na penal, com o mesmo conteúdo de injusto, a aplicabilidade de apenas uma sanção, situação em que o princípio impõe-se ao aplicador da norma, a quem compete identificar o concurso, o critério que o soluciona e determinar a norma que deve prevalecer.

Como exemplo de concurso aparente de normas penais e administrativas, podem ser citadas as normas que definem infrações à concorrência, previstas pela Lei 12.529/2011,⁴⁵¹ que podem configurar crimes definidos na Lei 8.137/1990,⁴⁵² embora os requisitos para a configuração do ilícito penal sejam mais estreitos que os exigidos para a configuração da infração administrativa.

Da mesma forma, verifica-se o concurso aparente entre o art. 36, §3º, I, *d*, da Lei

⁴⁵¹ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...] §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública [...]” (BRASIL, Lei 12.529, de 30/11/2011).

⁴⁵² “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.” (BRASIL, Lei 8.137, de 27/12/1990).

12.529/2011, que tipifica, como infração administrativa, acordo, combinação, manipulação ou ajuste com concorrente, sob qualquer forma, de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública, com o art. 90 da Lei 8.666/93, segundo o qual constitui crime:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, Lei 8.666, de 12/06/1993).

No exemplo citado, os pressupostos para a caracterização da infração administrativa são diversos dos exigidos para a consumação da infração penal, pois aquela é consumada pela combinação ou acordo com os concorrentes em licitação pública; enquanto o ilícito penal exige o resultado de frustração ou fraude do procedimento licitatório e o dolo específico de obtenção de vantagem decorrente da adjudicação da licitação. A infração administrativa é tipo de perigo, consumado independentemente do resultado; e a infração penal tipifica crime de dano, cuja consumação exige o resultado de frustração ou fraude do procedimento. Nesse contexto, a caracterização da infração administrativa pode ocorrer sem que haja a consumação do ilícito penal, mas o contrário não é possível.

Há fundamento autônomo para a existência de ambas as normas, que não têm idênticos âmbitos de incidência, pois os fatos a elas subsumíveis nem sempre são os mesmos. Contudo, como o ilícito tipificado na norma administrativa está contido no tipo penal, se houver a punição na esfera penal, essa sanção abrange o ilícito administrativo e impede a punição na instância administrativa.

O concurso aparente de normas não existe apenas se as normas protegem o mesmo bem jurídico, pois há critérios que identificam a unidade de ilícito ainda que os bens jurídicos tutelados pelos tipos concorrentes sejam distintos. Nesse sentido, Belém Marina Jalvo (2003, p. 181) defende a utilização dos critérios que solucionam o concurso aparente de normas, que podem ou não considerar o bem jurídico ofendido ou tutelado, mas não o critério do bem jurídico em si para definir se há ou não o concurso aparente entre normas penais e administrativas.⁴⁵³

⁴⁵³ “Tanto si se trata de tipos penales en blanco como si —igual que ocurre en el presente caso— el ilícito penal no se remite a normas administrativas, los órganos judiciales se pronuncian reiteradamente sobre la absorción del desvalor de las infracciones administrativas por los delitos, ya sea porque éstos contemplan bienes jurídicos adicionales, ya porque —incluso tratándose de bienes jurídicos idénticos— el Código Penal protege dichos bienes frente a los ataques o peligros más graves. Sin ignorar que la delimitación de los bienes

No Direito Penal, admite-se o concurso aparente entre normas da parte geral e normas que descrevem tipos criminais (HORTA, 2007, p. 6; VASCONCELOS, 1975, p. 51 et seq.).⁴⁵⁴ Nas relações entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, a lei pode prever, como infração administrativa, circunstância agravante na esfera penal. Também nesses casos, há concurso aparente entre normas penais e administrativas.

5.2.1 Concurso aparente de normas e concurso de infrações

A solução da ordem jurídica é diametralmente oposta caso se configure concurso de infrações ou concurso aparente de normas, pois, na primeira hipótese, há punição de todos os ilícitos, e, na segunda, aplica-se apenas uma norma (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 35 et seq.).

No Direito Penal, há dois tipos de concurso de infrações: material e formal. O concurso material caracteriza-se pela prática de diversos ilícitos por meio de mais de uma ação⁴⁵⁵ e formal ocorre com prática de mais de um ilícito por meio de uma só ação.⁴⁵⁶ Como

jurídicos protegidos por infracciones administrativas e ilícitos penales dista de ser cuestión fácil ni pacífica, no es menos cierto que estas técnicas de absorción o subsunción resultan mucho más respetuosas con el principio *non bis in idem* que la alegación de la diversidad de intereses jurídicos tutelados por unos y otros ilícitos.” (JALVO, 2003, p. 181) (Tradução livre: “Tanto se se trata de tipos penais em branco, como se – como ocorre no presente caso – o ilícito penal não se remete a normas administrativas, os órgãos judiciais se pronunciam reiteradamente sobre a absorção do desvalor das infrações administrativas pelos crimes, seja porque estes contemplam bens jurídicos adicionais, seja porque – mesmo tratando-se de bens jurídicos idênticos – o Código Penal protege ditos bens frente aos ataques ou perigos mais graves. Sem ignorar que a delimitação dos bens jurídicos protegidos por infrações administrativas e ilícitos penais dista de ser questão fácil ou pacífica, não é menos certo que as técnicas de absorção ou subsunção resultam muito mais harmoniosas com o princípio *ne bis in idem*, que a alegação de diversidade de interesses jurídicos tutelados por uns e outros ilícitos.”).

⁴⁵⁴ “Já dos casos de concurso aparente entre uma norma ‘da parte geral’ e outra ‘da parte especial’, [...] destacamos os de convergência entre uma norma que prevê uma circunstância genérica agravante ou atenuante da pena e outra punitiva de determinado tipo de delito simples ou qualificado, descrito com recurso à mesma circunstância. Nesses casos, a aparente concorrência de duas apreciações jurídico-penais da mesma circunstância do fato, uma ao tipificá-lo e outra ao dosar a pena do agente pela sua concretização, resolve-se pela aplicação exclusiva da norma penal completa, isto é, da norma incriminadora envolvida, que prevalece sobre a norma incompleta, ou prescrição penal dependente, por descrever de forma mais complexa o contexto em que aquela circunstância ocorre, valorando o fato como um todo, segundo um marco penal determinado. Essa regra, salutarmente, restou expressamente reconhecida no *caput* do artigo 61 do Código Penal, segundo o qual as circunstâncias ali arroladas ‘sempre agravam a pena’, quando não constituem ou qualificam o crime.” (HORTA, 2007, p. 8 et seq.).

⁴⁵⁵ “Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁵⁶ “Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.” (BRASIL, Código Penal).

o concurso formal tem, por pressuposto, a **unidade de ação** (ou **unidade de conduta**) e o concurso aparente de normas pressupõe a **unidade de fato**, a existência de diversos conceitos de unidade de ação e de fato dificulta a delimitação entre o concurso aparente de normas e o concurso formal de infrações.

Diferenciam-se essas figuras pela possibilidade de aplicação dos critérios que solucionam o concurso aparente de normas; pois é a aplicabilidade de um deles às normas incidentes sobre a mesma conduta que caracteriza a unidade de fato; caso nenhum deles seja aplicável, haverá unidade de conduta, mas não de fato.

A doutrina caracteriza o concurso aparente de normas pela existência de normas que se excluem na aplicação a um fato (VASCONCELOS, 1975, p. 46 et seq.),⁴⁵⁷ ou seja, pela incompatibilidade entre as normas que regulam os pressupostos fáticos que ensejam a punição. O concurso aparente de normas “se caracteriza se determinado comportamento realiza o suposto de fato de duas ou mais normas sancionadoras, porém apenas uma delas deve ser aplicada porque basta por si mesma para apreender o desvalor total do fato” (CAMPOS, 2001, p. 212 et seq., tradução livre⁴⁵⁸).

Embora o concurso de infrações tenha pressuposto diverso do concurso aparente de normas, parte da doutrina espanhola conecta o concurso formal ao *ne bis in idem* e defende que o sistema da exasperação, previsto no Código Penal espanhol, é norma que visa a efetivar esse princípio.⁴⁵⁹ Contudo, razão assiste a Tomas Cano Campos (2001, p. 244), ao defender

⁴⁵⁷ “Además del *conflicto* que caracteriza el concurso aparente de normas, cobra fundamental importancia el que las normas, por su especial naturaleza incompatible, *se excluyan entre sí*, o sea que en la regulación del caso concreto, aun cuando exista entre ellas *coexistencia disciplinante*, una habrá de aplicarse con exclusión de todas las demás. Ello significa que las normas no pueden aplicarse simultáneamente originando un concurso ideal de delitos, pues precisamente lo que caracteriza la *concurso impropio* es el que las normas deben *repelerse mutuamente, excluyéndose unas a las otras*.” (VASCONCELOS, 1975, p. 46 et seq.) (Tradução livre: “Além do *conflicto* que caracteriza o concurso aparente de normas, é de fundamental importância que as normas, por sua especial natureza incompatível, *se excluam entre si*, ou seja que na regulação do caso concreto, ainda que exista entre elas *coexistência disciplinante*, uma haverá de ser aplicada com exclusão de todas as demais. Isso significa que as normas não podem ser aplicadas simultaneamente originando o concurso formal de delitos, pois precisamente o que caracteriza o *concurso improprio* é que as normas devem *repelir-se mutuamente, excluindo-se umas as outras*.”).

⁴⁵⁸ No original: “El concurso de normas tiene lugar cuando un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras, pero sólo una de ellas debe aplicarse porque basta por sí misma para aprehender el total desvalor del hecho.”

⁴⁵⁹ “El concurso de infracciones, como se anticipó (*supra*, II, 4), constituye una figura ajena al *non bis in idem*. [...] La distinción entre el concurso de infracciones (o de delitos) y el principio *non bis in idem* me parece clara. El *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos sanciones por la comisión de un único hecho *ilícito* (o antijurídico), mientras que el concurso de infracciones parte precisamente de lo contrario, de la pluralidad de ilícitos, como su propio nombre indica. El concurso real de infracciones no ofrece dudas, pues parte de una pluralidad de hechos que suponen una pluralidad de infracciones. En tales casos no hay unidad de hecho y, por tanto, no entra en juego el *non bis in idem*. Las dudas surgen en el concurso ideal, que presupone la

que não há relação entre o concurso de infrações, mesmo que formal, e o *ne bis in idem*.

A exclusão do concurso formal do âmbito de incidência do *ne bis in idem* ocorre porque o substrato desse princípio não é a unidade de conduta, mas a identidade de ilícito. O *ne bis in idem* não impede a dupla sanção pela mesma conduta, desde que sobre ela recaiam avaliações diversas. Essas hipóteses caracterizam o concurso formal de infrações, pois o *ne bis in idem* não veda a dupla desvalorização de uma conduta, mas a dupla punição pela mesma desvalorização jurídica (CAMPOS, 2001, p. 244 et seq.).⁴⁶⁰

5.2.2 Critérios para a solução do concurso aparente de normas

Segundo a doutrina são critérios para a identificação e solução do concurso aparente de normas: especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade. Contudo a doutrina diverge à existência e à aplicabilidade desses critérios.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 631) afirmam que eles decorrem da interpretação lógica dos tipos penais, motivo pelo qual são aplicáveis ainda que nenhuma lei os estabeleça. Conforme relatam, a maior parte dos códigos não os

denominada unidad de hecho o de acción: un solo hecho constituye dos o más infracciones. Algunos autores han considerado recientemente que el tratamiento punitivo más benigno que el artículo 77 CP otorga al concurso ideal (pena de la infracción más grave aplicada en su mitad superior) constituye una manifestación más del principio *non bis in idem in idem*: dado que en el concurso ideal una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto, el *non bis in idem* impediría una doble valoración de esa unidad de hecho en la determinación de la pena, que nunca podría consistir en la suma de las previstas para las dos infracciones.” (CAMPOS, 2001, p. 244) (Tradução livre: “O concurso de infrações, como se antecipou, constitui uma figura alheia ao *ne bis in idem*. [...] A distinção entre o concurso de infrações (ou de crimes) e o princípio *ne bis in idem* me parece clara. O *ne bis in idem* proíbe a imposição de duas sanções pela prática de um único fato ilícito (ou antijurídico), enquanto o concurso de infrações parte precisamente do contrário, a pluralidade de ilícitos, como seu próprio nome indica. O concurso material de infrações não oferece dúvidas, pois parte da pluralidade de fatos que supõem pluralidade de infrações. Em tais casos, não há unidade de fato e, portanto, não entra em jogo o *ne bis in idem*. As dúvidas surgem no concurso formal, que pressupõe a denominada unidade de fato ou de ação: um só fato constitui duas ou mais infrações. Alguns autores têm considerado recentemente que o tratamento punitivo mais benigno que o art. 77 CP atribui ao concurso formal (pena da infração mais grave aplicada em sua metade superior) constitui mais uma manifestação do *ne bis in idem*: dado que no concurso formal uma mesma ação ou fato é comum a vários tipos de injusto, o *ne bis in idem* impedira a dupla avaliação dessa unidade de fato na determinação da pena, que nunca poderia consistir na soma das penas previstas para as infrações.”).

⁴⁶⁰ “Así entendido, el *non bis in idem* prohibiría que un mismo sustrato real pueda ser valorado dos veces produciendo una pluralidad de efectos jurídicos. Pero, como vimos, el principio no parte del mero hecho o sustrato real, sino de la valoración jurídica que del mismo hacen las normas sancionadoras por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Si un mismo hecho admite una pluralidad de valoraciones jurídicas (concurso ideal), la imposición de diversas sanciones no supone violación alguna de la prohibición de doble valoración.” (CAMPOS, 2001, p. 244 et seq.) (Tradução livre: “Assim entendido, o *ne bis in idem* proibiria que um mesmo substrato real pudesse ser valorado duas vezes produzindo uma pluralidade de efeitos jurídicos. Porém, como vimos, o princípio não parte do mero fato ou substrato real, mas da avaliação jurídica que do mesmo fazem as normas sancionadoras por lesar ou pôr em perigo um bem jurídico. Se um mesmo fato admite pluralidade de avaliações jurídicas (concurso formal), a imposição de diversas sanções não supõe violação alguma da proibição de dupla avaliação.”).

estabelece, contudo, essa omissão não impede seu desenvolvimento pela doutrina e sua aplicação pela jurisprudência (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 631).

A natureza lógica desses critérios e sua função, na resolução de concursos aparentes de normas, integram-nos ao conceito amplo de Direito Punitivo, motivo pelo qual sua aplicabilidade não é restrita ao Direito Penal. Da mesma forma que a aplicação desses critérios, na esfera penal, não demanda norma expressa, sua aplicabilidade na relação entre as esferas administrativa geral e penal ou na esfera administrativa prescinde de norma expressa que os imponham. Eles serão aplicáveis se reconhecidas relações lógico-estruturais ou identidade valorativa entre as normas concorrentes (VASCONCELOS, 1975, p. 99).

Com base nessas considerações preliminares, passa-se à análise dos critérios tratados pela doutrina do Direito Penal, a fim de verificar a aplicabilidade deles no Direito Administrativo Sancionador e em sua relação dessa esfera punitiva com o Direito Penal.

5.2.2.1 Especialidade

A especialidade é aceita de forma praticamente unânime pela doutrina do Direito Penal, e seu enunciado pode ser facilmente exposto: a norma especial prevalece sobre a geral. Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 102, tradução livre⁴⁶¹) aponta que:

A especialidade supõe, em consequência, uma *relação lógica* entre as normas, que fundamenta a prevalência de uma sobre a outra. Tratando-se de tipos penais é válido sustentar que a *especialidade* requer que um tipo esteja *integralmente* contido em outro, mesmo que não se exija que os elementos descritivos sejam idênticos, já que também é *específica* uma disposição “quando a cuidadosa interpretação mostre que uma figura importa em descrição mais próxima ou minuciosa do fato”.

Como a especialidade decorre da estrutura lógica das normas, sua aplicabilidade é deduzida das normas concorrentes em abstrato (VASCONCELOS, 1975, p. 102; ROCHA, 1966, p. 94; CASTRO, 1980, p. 30; HORTA, 2007, p. 89 et seq.). Segundo Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 104, tradução livre⁴⁶²), a norma prevalecente é determinada pela

⁴⁶¹ No original: “La especialidad supone, en consecuencia una *relación lógica* entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre otra. Tratándose de los tipos penales es válido sostener que la *especialidad* requiere que un tipo esté *integralmente* contenido en el otro, aun cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es *específica* una disposición ‘cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa del hecho’.”

⁴⁶² No original: “Cuestión fundamental, para encontrar el camino que conduzca con seguridad al jurista, en la determinación de la norma especial, es el examen cuidadoso y exhaustivo de las normas en conflicto, a fin de establecer tanto los elementos *comunes* como destacar los elementos de *especialización* existentes en ellas, por ser estos últimos los que habrán, en definitiva, de establecer la precedencia de la norma especializadora

identificação dos elementos especializantes que contém:

Questão fundamental, para encontrar o caminho que conduz o jurista, com segurança, na determinação da norma especial, é o exame cuidadoso e exaustivo das normas em concurso, a fim de estabelecer os elementos *comuns* e destacar os elementos *especializantes* existente nelas, por ser esses que irão, definitivamente, estabelecer a precedência da norma especial sobre a geral. Não se deve, pois, perder de vista que o ponto de partida a ser considerado pelo intérprete é que a lei estabelece uma *dualidade reguladora* a respeito do mesmo suposto fático, de maneira que, precisada essa questão, a ele corresponde encontrar, entre essas normas, qual deve ser considerada “especial”, em razão dos elementos que a conformam.

A caracterização do tipo de infanticídio⁴⁶³ como especial em relação ao tipo de homicídio⁴⁶⁴ é um exemplo de especialidade no direito brasileiro. Esse exemplo demonstra que a relação de especialidade não ocorre apenas no sentido da prevalência da norma que prevê a sanção mais grave, pois a norma especial é a que possui elementos especializantes, ainda que a pena cominada seja menor.

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 115) sustenta que a existência da especialidade entre dois tipos ocorre se “todos os elementos constitutivos de um deles o são também do outro, para o qual, embora igualmente necessários, não são suficientes, porque a este – especial – se soma pelo menos mais um elemento constitutivo, compreendido naquele – geral – como elemento facultativo”. Assim, a consumação do crime tipificado pela norma especial implica a consumação do tipificado na norma geral, sem que o contrário ocorra. Quanto ao fundamento da prevalência da norma especial sobre a geral, a doutrina aponta que:

Assim, a prevalência da norma especial sobre a geral justifica-se porque entre os vários aspectos danosos que a concretização do tipo de delito geral pode eventualmente assumir, ou os distintos graus de reprovabilidade que pode ensejar, conforme variem seus elementos facultativos, um ou mais são considerados e valorados particularmente, como pressupostos de incidência da norma especial que, portanto, confere a mais apropriada valoração da lesão de que o Estado se ressente na específica situação por ela prevista. (HORTA, 2007, p. 115).

Para Fábio Medina Osório (2005, p. 406), a exclusão da norma geral pela norma

sobre la norma general. No debe, pues, perderse de vista que el punto de partida a considerar el intérprete es que la ley establece una *dualidad reguladora* respecto del mismo supuesto fáctico, de manera que precisada esta cuestión, a él corresponde encontrar, de entre esas normas, cuál debe ser considerada ‘especializadora’, en razón de los elementos que la conforman.”

⁴⁶³ “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁶⁴ “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...]” (BRASIL, Código Penal).

especial “se dá por razões de justiça e proporcionalidade, mas também atentando a postulados de segurança jurídica e racionalidade sistêmica.”

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 115) sustenta que a norma especial pode tutelar interesse ou valor distinto do tutelado pela norma geral, porque a especialidade se caracteriza pela possibilidade abstrata de realização simultânea de ambos os tipos, uma vez que “a ofensa, ou as ofensas previstas pela norma especial dependerão ou envolverão necessariamente aquela, ou aquelas, previstas pela norma geral”. Contudo, essa posição não é pacífica, pois há doutrina que sustenta a necessidade de que as normas protejam o mesmo bem jurídico para aplicação da especialidade (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 56).

A especialidade se diferencia da subsidiariedade porque havendo a subsunção dos fatos aos pressupostos da norma especial, a não aplicação da pena não leva à imposição da pena imposta na norma geral (VASCONCELOS, 1975, p. 103). A decisão, nesse caso, reconhece a incidência do tipo especial e não aplica a pena por outro motivo, como a legítima defesa ou o estado de necessidade.

Identifica-se, como hipótese de especialidade expressa, o art. 12 do Código Penal, segundo o qual “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso” (BRASIL, Código Penal), (HORTA, 2007, p. 117; CARVALHO FILHO, J. C, 2009, p. 53 et seq.).⁴⁶⁵ As normas que preveem formas qualificadas ou privilegiadas de um crime são consideradas especiais em relação às normas que preveem as formas simples do mesmo crime (HORTA, 2007, p. 116).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 116 et seq.) aponta e exemplifica⁴⁶⁶ que a especialidade pode ocorrer em razão do objeto (a prevalência do art. 62, I, da Lei 9.605/98, em relação ao art. 163, *caput*, do Código Penal);⁴⁶⁷ em razão do meio (a prevalência

⁴⁶⁵ “Com o excessivo número de leis especiais existentes, não é difícil identificar os dispositivos que ilusoriamente colidem com as figuras típicas do Código Penal, tanto na parte geral quanto na parte especial. De igual modo, a colisão ocorre entre as próprias leis especial de caráter penal e administrativo. Os exemplos são os citados nas lições dos mestres: entre o art. 157, §3º (especial), e o art. 121, §2º, V (geral), ambos do código repressivo; entre o art. 171 do CP (geral) e o crime falimentar do art. 168 da Lei 11.101/05 (Nova lei de Falências), prática do ato fraudulento (especial); entre os arts. 121, 138, 139, 140 do Código Penal e os arts. 205, 214 e 216 do Código Penal Militar (especial), entre vários outros, como visto no julgado supramencionado; entre o art. 155, *caput*, do Código Penal e seu parágrafo segundo (especial); entre os arts. 317 ou 333 da lei penal comum e o art. 299 (especial), ambos da lei comum punitiva. Esses são poucos exemplos entre inúmeros que podem ser encontrados na aplicação da lei penal.” (CARVALHO FILHO, J. C., 2009, p. 68).

⁴⁶⁶ Todos os exemplos subsequentes são apontados por esse autor.

⁴⁶⁷ “Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; [...] Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. [...]” (BRASIL, Lei 9.605, de 12/02/1998).
“Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

do art. 171, §2º, VI, do Código Penal, em relação ao *caput* do mesmo dispositivo);⁴⁶⁸ em relação ao modo, que garante natureza especial do art. 155, §4º, do Código Penal, em relação à modalidade do *caput*;⁴⁶⁹ em razão de circunstância de tempo e lugar, que leva a prevalência do art. 150, §1º, do Código Penal, também em relação ao *caput*.⁴⁷⁰ “Até mesmo a principal é passível de especialização como ocorre entre aquela genericamente descrita no artigo 299, *caput*, do Código Penal – ‘inserir declaração falsa’ – e a que prevê o tipo especial inserido no artigo 300 do mesmo diploma – ‘atestar ou certificar falsamente’.” (HORTA, 2007, p. 116 et seq.).⁴⁷¹

A especialidade é regra geral do direito positivo estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁷² e aplicável também na relação entre as esferas penal e administrativa, a fim de excluir a dupla punição pelo mesmo conteúdo de ilícito.

5.2.2.2 Consunção

Constata-se a consunção pela análise valorativa, *in concreto*, das normas em concurso. Segundo Lincoln Magalhães da Rocha (1966, p. 98), “dá-se a consunção, quando uma norma inclui em si o desvalor delitivo de outra, o que exclui a aplicação desta, sem que haja uma relação de gênero e espécie”.

(BRASIL, Código Penal).

⁴⁶⁸ “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. [...] §2º - Nas mesmas penas incorre quem: [...] VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁶⁹ “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] §4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; [...]” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁷⁰ “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. §1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. [...]” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁷¹ Dispositivos citados pelo autor: “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. [...]” (BRASIL, Código Penal).

“Art. 300 - Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja: [...] Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público; e de um a três anos, e multa, se o documento é particular.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁷² “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior [...]” (BRASIL, Lei de Introdução ao Código Civil).

A **regra** é a de que uma norma penal é excluída por outra em razão do critério valorativo. A norma prevalente (*lex consumens*) é alcançada por meio de um processo de evolução delituosa. [...] Há nessa relação dois ou mais crimes independentes, prevalecendo o princípio *major absorbet minorem*. Os fatos relacionados pela consunção sucedem-se na escala de *minus* para *plus*, de parte para o todo e de meio para o fim. [...] Dessas definições, resulta certo que o fundamento jurídico dessa relação consiste na regra do *non bis in idem*. De outra forma, ocorreria intolerável ofensa ao princípio da liberdade consagrado universalmente. (CARVALHO FILHO, J. C., 2009, p. 85 et seq.).

Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 108, tradução livre) leciona que a consunção, por se basear no critério valorativo, exige do aplicador “uma atividade tendente a valorizar tanto o fato em si mesmo, como sua ilicitude”. Contudo, dessa análise valorativa não se conclui sempre pela preponderância do bem jurídico de maior importância, porque a consunção se caracteriza pela maior amplitude do ilícito na norma que estabelece a punição para a conduta mais lesiva, e não pela importância do bem jurídico tutelado (VASCONCELOS, 1975, p. 108).⁴⁷³

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 150) adota posição no mesmo sentido, ao sustentar que a norma cuja aplicação é afastada (consumida) é completamente apreciada e valorada pela norma jurídica prevalecente (consuntiva), pois a conduta punível segundo a norma consumida é contingência normal e esperada da infração à norma prevalecente. O essencial é que a norma consuntiva “abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida” pela norma consumida (HORTA, 2007, p. 148). São exemplos de consunção, entre condutas diversas, apontados por esse autor, a absorção da norma que pune o crime de injúria cometido durante um estupro pela aplicação da pena cominada ao estupro; e a consunção da norma que pune o dano concretizado em relação a objeto furtado pela aplicação da norma que pune o furto (HORTA, 2007, p. 148).

⁴⁷³ “El criterio valorativo apuntado, en el cual descansa el concepto mismo de la *consunción*, hace necesaria por parte del juzgador una actividad tendiente a valorizar tanto el hecho mismo como su ilicitud. No se concluya sin embargo, precipitadamente, que el *bien jurídico* de mayor importancia desplace siempre al de menor entidad, pues no debe atenderse, en ese punto, únicamente a determinada ‘jerarquía’ del bien, sino fundamentalmente a su ‘alcance conceptual’, ya que para que un bien jurídico *consume* a otro debe *comprenderlo* dentro de sí, produciendo el fenómeno de que su ofensa desplace, por su gravedad, a la ofensa del bien menos amplio.” (VASCONCELOS, 1975, p. 108) (Tradução livre: “O critério valorativo apontado, no qual descansa o conceito mesmo da *consunção*, torna necessário, por parte do julgador, uma atividade tendente a valorizar tanto o fato em si mesmo como sua ilicitude. Não se conclua, contudo, precipitadamente, que o *bem jurídico* de maior importância absorva sempre o de menor, pois não se deve atender, nesse ponto, unicamente a determinada ‘hierarquia’ do bem jurídico, mas fundamentalmente a seu ‘alcance conceitual’, já que para que um bem jurídico *consume* a outro deve *compreendê-lo* dentro de si, produzindo o fenômeno de que sua ofensa absorva, por sua gravidade, a ofensa ao bem menos amplo.”).

A norma consuntiva contempla o fato com maior completude que a norma consumida, de forma que, via de regra, aquela se caracteriza por sua maior gravidade em relação à norma consumida. Contudo, a doutrina reconhece a possibilidade de que o inverso também ocorra (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 105).

Segundo Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 151 et seq.), a prevalência da norma mais grave não é absoluta devido à possibilidade de desproporção no estabelecimento das penas, “fruto de falibilidade do processo legislativo”, e porque a norma consuntiva absorve apenas o “desvalor de uma parcela do universo de fatos puníveis segundo a norma consumida” (HORTA, 2007, p. 152). Como exemplo da última hipótese citada, esse autor destaca que:

A norma incriminadora do uso de documento público falso (art. 304 do CP), por exemplo, restará consumida pela punição do estelionato (art. 171 do CP) quando neste crime se exaurir toda a potencialidade lesiva daquele, segundo entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, sem que por essa razão nos pareça desproporcional a pena imposta pela norma descartada (art. 304 c/c art. 297 do CP), mais gravosa que a cominada pela norma prevalecente. (HORTA, 2007, p. 152).

Diferencia-se a consunção da especialidade porque, enquanto esta deriva da estrutura lógica das normas que estabelecem os tipos, a consunção tem por base a unidade de valoração jurídica. Conforme Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 89 et seq.), “ao contrário da especialidade, não se pode concluir pela consunção apenas com base na consideração abstrata de duas normas e propor a aplicação de apenas uma delas sempre que estas forem infringidas por uma mesma conduta ou num mesmo contexto delitivo”.

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 107) e Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 148) admitem hipóteses em que a especialidade e a consunção possam ser aplicadas indistintamente aos fatos, embora essa situação não seja suficiente para estabelecer a identidade entre esses critérios. A consunção se justifica autonomamente, pois sua aplicação não tem, por substrato, um círculo concêntrico, como na especialidade; é possível sua aplicação mesmo nos casos em que os pressupostos abstratos das normas em concurso se encontrem em relação de interferência (dois círculos intersecantes) ou de heterogeneidade (dois círculos totalmente díspares, separados) (HORTA, 2007, p. 148).⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ “Não é, pois, incorreto afirmar que o conteúdo material da consunção em muito se assemelhe, ou seja mesmo idêntico, à justificativa axiológica da prevalência da norma especial sobre a geral. Com efeito, a norma consuntiva prevalece, assim como a especial, porque seu pressuposto de incidência reconhece o fato de modo

Quanto à aplicabilidade desse critério no Direito Penal, José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 89) leciona que:

A doutrina distingue três grupos entre os fatos absorvíveis: a) – do crime progressivo propriamente dito; b) – do *ante-factum* impunível; e c) – do *post-factum* impunível. Os dois últimos são eventos delituosos anteriores ou posteriores que se tornam impuníveis ou indiferentes penais frente à execução de outro delito, isto é, “que o agente perpetua em virtude da mesma e única qualidade.” [Stevenson] O crime progressivo, que simboliza a consunção, já por sua própria natureza pressupõe os crimes-meio anteriores e posteriores que lhe formam a estrutura.

Quanto aos crimes progressivos, a doutrina diverge: há autores que entendem tratar-se de hipótese de consunção; outros defendem a aplicabilidade da subsidiariedade; outros, ainda, a especialidade (CARVALHO FILHO, J. C., 2009, p. 89; HORTA, 2007, p. 151; VASCONCELOS, 1975, p. 117).

Aplica-se a consunção aos “atos típicos acompanhantes, em relação aos delitos cuja realização normalmente os implica” (HORTA, 2007, p. 152) e aos fatos posteriores impunes (atos posteriores co-apenados) (VASCONCELOS, 1975, p. 118 et seq.). São exemplos de aplicabilidade da consunção aos atos típicos acompanhantes:

Entre as condutas típicas imediatamente antecedentes e/ou simultâneas, redutíveis à unidade de fato segundo a regra da consunção, podemos citar, além das já mencionadas injúrias (art. 140 do CP) acompanhantes do estupro (art. 213 do CP), e da invasão de domicílio (art. 150 do CP), acompanhantes do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo ou pela escalada (art. 155, §4º, I e II, do CP), também a prática forçada de determinados atos libidinosos (art. 214 do CP) igualmente vinculados ao estupro (art. 213 do CP); a violência geralmente empregada para conter a resistência da vítima de seqüestro ou cárcere privado (art. 148 do CP); a participação nos lucros da prostituta (art. 230 do CP) por quem mantém casa de prostituição (art. 229 do CP); determinadas formas de desacato (art. 331 do CP) acompanhantes do crime de resistência (art. 329 do CP); e a corrupção passiva privilegiada (art. 317, §2º do CP) do funcionário incumbido da custódia ou guarda de

mais detalhado ou abrangente, ainda que por elementos implícitos ou presumidos, que o pressuposto da norma consumida, cuja incidência é determinada por apenas um ou alguns dos aspectos lesivos do mesmo fato. Contudo, não perdemos de vista que a relação de consunção se diferencia da relação de especialidade no plano formal, isto é, na forma de ordenação lógica dos pressupostos das normas relacionadas de uma e de outra forma. O espectro de incidência da norma consuntiva não se acha inteiramente incluído entre o universo de hipóteses submetidas à norma consumida, como são todos os pressupostos concretos da norma especial em relação aos da norma geral. A extensão conotativa dos pressupostos abstratos das normas consuntiva e consumida não estão, uma para a outra, como dois círculos concêntricos, como a da norma especial em relação à da norma geral, mas, sim, como dois círculos intersecantes ou totalmente díspares, separados. Há interferência ou heterogeneidade entre os pressupostos abstratos das normas em relação de consunção, e subordinação entre os pressupostos abstratos das normas em relação de especialidade.” (HORTA, 2007, p. 148).

preso que, cedendo a pedido ou influência de outrem, promove ou facilita a fuga de pessoa legalmente presa (art. 351, *caput*, do CP). (HORTA, 2007, p. 154 et seq.).

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 92) destaca que a doutrina também diverge quanto à incidência da consunção aos *ante* e *post factum*, pois alguns autores caracterizam-nos como concurso real ou crimes progressivos.

A consunção também é reconhecida na absorção dos crimes de perigo pelos crimes de dano (HORTA, 2007, p. 155; VASCONCELOS, 1975, p. 115). Defende-se que, nessas hipóteses, a absorção se concretiza apenas se o crime de dano absorve todo desvalor do crime de perigo, ou seja, se a conduta exaurir o perigo pela concretização de todos os danos possíveis.⁴⁷⁵

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 156) também admite que a consunção seja aplicada para absorver um crime de dano individual por um crime de perigo coletivo, “quando esse dano for considerado ordinário e esperado, ante a iminência, a gravidade e amplitude do risco típico criado”. Como exemplo dessa hipótese, o autor cita o dano⁴⁷⁶ dolosamente causado a uma coisa alheia, “praticado por meio de uma explosão ou incêndio⁴⁷⁷ que exponha a integridade física ou o patrimônio de outrem” (HORTA, 2007, p. 156).

5.2.2.3 Subsidiariedade

A doutrina que atribui autonomia à subsidiariedade defende que sua utilidade é “definir a aplicação de uma norma no pressuposto de que uma delas (das que conflitam) somente entra em jogo quando a outra não o faça” (OSÓRIO, 2005, p. 407). Segundo

⁴⁷⁵ “Também podem ter a punibilidade autônoma consumida, como atos típicos acompanhantes da conduta incriminada pela norma consuntiva, o porte ilegal de arma de fogo utilizada no homicídio doloso, quando aquele crime seja exclusivamente orientado para este, assim como o disparo de arma de fogo do qual resulte homicídio culposo, quando o ferimento legal tenha sido causado pelo único projétil disparado. Como se vê, embora se trate de exclusão da norma incriminadora de um perigo pela aplicação de outra norma de dano, não se verifica entre elas o nexó teleológico-sistemático que caracteriza a subsidiariedade, já que uma dessas normas incrimina apenas a ofensa à vida de um indivíduo, enquanto as demais incriminam o risco gerado à incolumidade pública e, portanto, à integridade física ou à vida de indeterminado número de pessoas.” (HORTA, 2007, p. 155)

⁴⁷⁶ “ Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido: [...] II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave [...]: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁷⁷ “Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. [...] Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. [...]” (BRASIL, Código Penal).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 90):

Como bem ressalta Hungria, nos casos de subsidiariedade os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de gênero e espécie, e, se a pena do tipo principal é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como “soldado de reserva” e aplicar-se pelo *residuum*. O caráter subsidiário de uma norma pode vir expresso na lei, resultando, assim, do modo como a norma é formulada, ou implícito, podendo, então, ser deduzido da relação funcional que ela guarda frente às outras na defesa dos mesmos bens jurídicos.

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 70) explica que “uma norma é subsidiária quando pode contribuir, com determinadas circunstâncias, para a constituição de delito mais grave previsto em uma norma primária.” A norma subsidiária não é absorvida pela norma principal, “tanto que, ao deixar de ser reconhecido o crime primário, a norma subsidiária passa a prevalecer para efeito de aplicação da pena” (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 71).

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 632) caracterizam-na com base na “progressão da conduta típica”:

O terceiro princípio, que produz o afastamento de um dos tipos é o da *subsidiariedade*, que ocorre quando há uma *progressão* na conduta típica, em que a punibilidade da etapa mais avançada mantém *interferida* a tipicidade das etapas anteriores. É o fenômeno da *interferência por progressão*, que se produz quando a tentativa sofre a interferência da consumação punível, ou o ato preparatório, eventualmente típico, é interferido pelo ato da tentativa, ou o delito consumado no curso da tentativa é interferido por esta (as lesões e a tentativa de homicídio).

De acordo com Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 130), a subsidiariedade é decorrência do “extraordinário zelo do ordenamento jurídico penal na tutela de determinados interesses”, que pune a ofensa “desde seus estágios iniciais até o mais gravoso deles, por normas autônomas que se sobrepõem e preferem uma às outras conforme o potencial lesivo de uma primeira etapa deságüe inteiramente na fase subsequente, determinante de um delito distinto” (HORTA, 2007, p. 130).

O mesmo autor leciona que a subsidiariedade demanda a análise abstrata das normas concorrentes – para verificar a relação entre as normas na defesa do mesmo bem jurídico quanto às formas progressivas de ataque – e dos fatos concretamente subsumíveis a essas normas – para verificar se a ofensa ocorrida e tipificada na norma principal contempla o resultado previsto na norma subsidiária (HORTA, 2007, p. 144). Nesse sentido, esse autor defende que somente se pode afirmar a subsidiariedade do crime previsto no art. 130 do

Código Penal em relação ao previsto no art. 129 do mesmo Código,⁴⁷⁸ “se todas as doenças venéreas de que venha a ser portador o agente tiverem se transmitido à vítima” (HORTA, 2007, p. 145).

Tendo em vista esses pressupostos, Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 130) entende que subsidiária é a função desempenhada pela norma no sistema, pois ela só atua se a lesão, por ela prevista, não se desenvolveu até atingir o âmbito de incidência da norma principal.

Essa incidência não impede a possibilidade (extraordinária) de que a norma principal seja menos gravosa que a subsidiária (HORTA, 2007, p. 130 et seq.), situação que caracteriza desproporcionalidade sistêmica. Em tais hipóteses, os princípios da proporcionalidade e da isonomia autorizam a aplicação da norma principal em harmonia com o sistema a que pertence (HORTA, 2007, p. 130 et seq.),⁴⁷⁹ pois a subsidiariedade deve existir sempre em relação de menos para mais na proteção do mesmo bem jurídico (HORTA, 2007, p. 138; VASCONCELOS, 1975, P. 123 et seq.).

Segundo a doutrina, a subsidiariedade pode ser expressa⁴⁸⁰ ou tácita (HORTA, 2007, p. 90; OSÓRIO, 2005, p. 407).

Sobre a subsidiariedade expressa, Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 135) defende que, nem sempre, a previsão expressa de aplicação de uma norma, no suposto de que outra não seja aplicável, caracteriza a subsidiariedade em sentido estrito. Essa declaração normativa pode existir ainda que estejam presentes relações de especialidade, consunção ou

⁴⁷⁸ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...]” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁷⁹ “[...] o conceito de subsidiariedade aqui analisado não exclui a possibilidade extraordinária de a norma principal ser menos gravosa que a norma subsidiária. Nesses casos, ainda mais valiosa se faz a noção de subsidiariedade fundada no grau de ofensividade de umas e de outras das condutas incriminadas pelas normas assim relacionadas, pois se converte em padrão crítico objetivo, capaz de apontar a incongruência da lei ao sancionar mais rigorosamente uma ofensa totalmente absorvida noutra, mais grave. Ora, a demonstração científica de tal desproporção da lei autoriza, com segurança, a declaração da sua inconstitucionalidade por violação do princípio da isonomia ou, ao menos, sua aplicação corretiva, harmonizante da norma incriminadora ao sistema a que pertence, pela fixação da pena abaixo do limite mínimo por ela previsto, se este for superior ou igual ao da norma que pune a ofensa mais grave, e sempre abaixo do máximo, se esse limite for superior ou igual ao que impõe aquela.” (HORTA, 2007, p. 130 et seq.).

⁴⁸⁰ “São várias as relações de *subsidiariedade* contempladas no Código Penal. Os crimes de perigo são, geralmente, subsidiários de seus correspondentes danosos. As formas *subsidiárias* ou *supletivas* são identificadas na norma penal, na parte reservada à pena, por expressões indicativas, assim gravadas: ‘se o fato não constitui crime mais grave’ (arts. 132, 238, 314, 325 e 337); ‘se o fato não constitui elemento de crime mais grave’ (arts. 239, 307 e 308); ‘se o fato não constitui elemento de outro crime’ (art. 249) e, mais especificamente, *exempli gratia*, o art. 177, §1º do CP: ‘Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular’.” (CARVALHO FILHO, J. C., 2009, p. 74).

alternatividade entre as normas. A subsidiariedade expressa é, portanto, subsidiariedade em sentido amplo, que determina solução segura quanto à norma aplicável também no suposto de existirem relações de especialidade, consunção ou alternatividade (HORTA, 2007, p. 135).

O mesmo autor exemplifica essas situações com os arts. 239, 249, 307 e 308 do Código Penal,⁴⁸¹ cuja aplicabilidade se condiciona a que o fato não constitua “elemento de outro crime” ou “crime mais grave”. Contudo, essas normas caracterizam hipóteses em que há consunção ou especialidade, “conforme os fatos previstos por aquelas ‘expressamente subsidiárias’ venham a ser elementos imprescindíveis ou apenas corriqueiros dos crimes previstos nas normas prevalentes” (HORTA, 2007, p. 136).

A subsidiariedade em sentido estrito não demanda norma que a declare, pois é “verificada sempre que a conduta lesiva sobre a qual incide uma delas representar mera etapa preliminar, embora não impreterível, da forma mais grave de lesão que enseja a incidência da outra” (HORTA, 2007, p. 136). Segundo Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 126 et seq., tradução livre⁴⁸²):

Se os casos de subsidiariedade expressa são excepcionais, os de subsidiariedade tácita podem se apresentar com mais frequência. Nesses, a norma subsidiária é *elemento constitutivo da norma principal ou circunstância agravante da mesma*, requerendo, para a solução do concurso originado na concorrência de ambas, o exame das figuras e do fato considerado, com a finalidade de determinar se a norma de maior pena e, portanto, a norma classificada como principal contém a outra de forma que ambas prevejam a incriminação do fato, para estar em possibilidade de aplicar a que deve prevalecer.

No caso da subsidiariedade, a não imposição da pena com base na norma principal pode permitir que seja aplicada a pena cominada na norma subsidiária (VASCONCELOS,

⁴⁸¹ “Art. 239 - Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. [...] Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. [...] Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. Art. 308 - Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro: Pena - detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁸² No original: “Si bien los casos de subsidiaridad expresa son excepcionales, los de subsidiaridad tácita pueden presentarse con más frecuencia. En éstos la norma subsidiaria es *elemento constitutivo de la norma principal o circunstancia agravante de la misma*, requiriéndose para la solución del conflicto originado en la concurrencia de ambas el examen de las figuras y del hecho considerado, a efecto de determinar si la norma de mayor pena, y por tanto con rango principal, contiene a la otra de forma que ambas prevean la incriminación del hecho, para estar en posibilidad de aplicar la que debe funcionar.”

1975, p. 125), pois “a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo *residuum*” (HORTA, 2007, p. 90).

Diferentemente da especialidade, que é verificada *prima facie, in abstracto*, a subsidiariedade “só se verifica in concreto e depende de um juízo axiológico ou de valoração” (ROCHA, 1966, p. 104); (HORTA, 2007, p. 129). Dessa forma, essas normas “tendem a concorrer na apreciação jurídica do fato, a menos que, com base na finalidade atribuída ou na função desempenhada por cada uma delas na tutela dos interesses atingidos, uma só for suficiente para traduzir o seu desvalor” (HORTA, 2007, p. 129).⁴⁸³

Na subsidiariedade, a norma principal integra o desvalor de atos que, normalmente, precedem à realização do injusto e que estão tipificados na norma subsidiária. Assim, as normas concorrentes tipificam fases progressivas de ataque ao mesmo bem jurídico e a norma subsidiária é a que tipifica fase “preliminar da lesão que enseja a incidência da norma principal” (HORTA, 2007, p. 130). Já a consunção tem por pressuposto que a norma consuntiva abranja de forma mais completa os aspectos lesivos do fato, ainda que sejam diversos os bens jurídicos tutelados (HORTA, 2007, p. 150).⁴⁸⁴

⁴⁸³ “Enquanto corresponde à relação de especialidade necessária e exclusivamente uma ordenação lógico-conceitual de subordinação, as relações de subsidiariedade e consunção entre normas não se caracterizam, tampouco se distinguem pelas formas de ordenação da extensão conceitual dos pressupostos fáticos dessas normas. Não se caracterizam porque, não sendo os pressupostos de incidência das normas subsidiárias e principais, consuntivas e consumidas, lógico-conceitualmente subordinados, o que só ocorre entre normas geral e especial, tampouco idênticos, o que determina alternatividade entre elas, a exclusão da sua concorrência efetiva só se justifica com base na apreciação teleológica ou racional de cada uma. Em outras palavras, normas incriminadoras cujos pressupostos sejam interferentes ou heterogêneos entre si, como são os das normas subsidiárias e principais, consuntivas e consumidas, tendem a concorrer na apreciação jurídica do fato, a menos que, com base na finalidade atribuída ou na função desempenhada por cada uma delas na tutela dos interesses atingidos, uma só for suficiente para traduzir o seu desvalor ou, simplesmente, quando nem subsidiariedade nem consunção se verificar, estiverem elas ainda assim superpostas na apreciação de um mesmo conteúdo de injusto, como ocorre nos casos de alternatividade. E não se distinguem as relações de consunção ou subsidiariedade a partir de seus pressupostos formais porque pelos mesmos liames teleológicos ou valorativos pelos quais se identificam uma e outra dessas hipóteses de concorrência aparente é possível relacionar igualmente normas interferentes e heterogêneas entre si, como demonstraremos adiante.” (HORTA, 2007, p. 129).

⁴⁸⁴ “É que enquanto a absorção, pela norma principal, do injusto punível segundo a norma subsidiária se justifica pela maior intensidade da ofensa punida por aquela, a absorção, pela norma consuntiva, do injusto previsto na norma consumida se deve a mais abrangente tradução, por aquela, dos aspectos lesivos do fato, ainda que distintos os bens jurídicos que uma e outra tutelam preferencialmente. Assim, entre duas normas aparentemente concorrentes pode haver consunção sem que haja subsidiariedade, isto é, sem que incriminação descartada represente uma fase preliminar e menos gravosa de ofensa ao mesmo bem jurídico tutelado pela norma prevalente, assim como pode haver subsidiariedade sem que haja consunção, isto é, sem que a norma subsidiária incrimine conduta que normalmente preceda a realização da norma principal. Em todo caso, os conteúdos materiais indicativos das relações de superposição valorativa entre normas, a razão pela qual a aplicação de uma deve ser excluída pela aplicação de outra, quer segundo a regra da especialidade, quer da subsidiariedade, quer da consunção, não são incompatíveis, podendo, antes, coincidir numa mesma hipótese.” (HORTA, 2007, p. 150).

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 81 et seq.), Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 632) entendem que há aplicação desse critério na absorção da norma que pune a tentativa pela aplicação da pena referente ao crime consumado.

A doutrina aponta a existência de subsidiariedade na prevalência das normas que punem os crimes de dano em relação às que punem os correspondentes crimes de perigo (HORTA, 2007, p. 136 et seq.; CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 82 et seq.). Assim o art. 132 do Código Penal que tipifica a exposição à vida ou à saúde de outrem a perigo direto e iminente é subsidiário das normas que punem a lesão corporal (art. 129 do CP) e o homicídio (art. 121), pois o art. 132 apenas se aplica se a lesão não se desenvolveu até concretização desses tipos.

Da mesma forma, há aplicação da subsidiariedade ao se afastar as normas que punem os atos preparatórios em relação às “que punem o crime principal ao qual tais atos visam” (HORTA, 2007, p. 136 et seq.)⁴⁸⁵:

Ocorre que, enquanto os atos preparatórios autonomamente puníveis guardam relação de heterogeneidade diante dos pressupostos constitutivos do crime ao qual se prestam, havendo de ser praticados por condutas distintas, como as de adquirir maquinismo especialmente destinado à fabricação de moeda (art. 291 do CP) para, em seguida, falsificar, fabricando-a, moeda metálica de curso legal no país (art. 289 do CP), os pressupostos dos demais crimes de perigo guardam diante dos correspondentes crimes de dano relação de interferência, podendo, assim, ser praticados por uma mesma conduta, como ocorre entre a exposição a perigo de contágio de moléstia venérea (art. 130, *caput*, do CP) e a lesão corporal grave (art. 129, §1º, do CP) que tal exposição resulte. (HORTA, 2007, p.137).

A aplicação da subsidiariedade para afastar a norma que pune o crime de perigo pela aplicação da norma que pune o de dano exige que “todo o perigo gerado se concretize por danos igualmente decorrentes do comportamento do agente” (HORTA, 2007, p. 138). A absorção do crime de perigo, pelo crime de dano à vida ou à integridade física, exige que os bens jurídicos atingidos, em todos os estágios do comportamento, pertençam aos mesmos titulares (HORTA, 2007, p. 140).

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 143) ainda defende a possibilidade

⁴⁸⁵ “Entre as hipóteses dessa relação às quais a doutrina geralmente se refere como subsidiariedade tácita, podemos seguramente incluir a que normalmente se estabelece entre determinadas normas punitivas de crimes de perigo e as normas punitivas dos correspondentes e subseqüentes crimes de dano, bem como especificamente entre as normas punitivas dos chamados atos preparatórios e as que punem o crime principal ao qual tais atos visam.” (HORTA, 2007, p. 136 et seq.).

de aplicação da subsidiariedade “em relação à norma punitiva de um crime de dano, ou mesmo de perigo mais intenso, ao mesmo bem jurídico, coletivo ou difuso, que no caso concreto represente a exaustão do perigo anteriormente gerado”.⁴⁸⁶

5.2.2.4 Alternatividade

A Alternatividade, último critério desta análise, é o mais questionado quanto à sua existência pela doutrina do Direito Penal. Sua rejeição ocorre, principalmente, porque ele é objeto de díspares formulações doutrinárias.

A alternatividade foi formulada inicialmente sob a concepção de que “são alternativas duas normas incompatíveis quanto aos seus pressupostos fáticos, isso é, normas cujos tipos penais se relacionam como ‘ou isto ou aquilo’” (HORTA, 2007, p. 91), aspecto sob o qual foi considerada relação lógica – de contradição – entre normas penais. A doutrina alemã rejeita essa concepção como critério de solução do concurso aparente de normas, pois esse concurso, “salvo nos casos de atos anteriores e posteriores impunes, pressupõe ao menos uma superposição parcial das ações típicas, o que não ocorre entre tipos alternativos” (HORTA, 2007, p. 91).

A outra concepção de alternatividade, cunhada por Binding, a identifica com base no pressuposto fático que pode levar à imposição de distintas sanções penais (HORTA, 2007, p. 92). Nesse caso, há alternatividade se as normas têm pressupostos idênticos ou parcialmente coincidentes (HORTA, 2007, p. 92); mas não se ambas as normas cominam a mesma sanção a idênticos pressupostos, pois, nesse caso, sequer se pode falar em normas distintas (HORTA, 2007, p. 159).

Tratando-se de normas com idênticos pressupostos e penas diversas, Frederico

⁴⁸⁶ “Ademais, se é correto negar, segundo interpretação teleológica realizada em abstrato, a subsidiariedade de toda norma incriminadora de um perigo à coletividade, seja ele concreto ou abstrato, em relação à norma punitiva de um dano individual concomitante ou subsequente, já que os destinatários da proteção conferida por uma e outra norma não coincidem totalmente, é perfeitamente possível afirmá-la em relação à norma punitiva de um crime de dano, ou mesmo de perigo mais intenso, ao mesmo bem jurídico, coletivo ou difuso, que no caso concreto represente a exaustão do perigo anteriormente gerado.” (HORTA, 2007, p. 142 et seq.). “É o que ocorrerá normalmente entre as normas inseridas nos artigos 268 e 267 do Código Penal, que prevêm e punem, respectivamente, a infração de determinação do Poder Público, destinada a impedir a propagação de doença contagiosa, e a causação dolosa de uma epidemia pela propagação de germes partogênicos; ou entre a norma inserida no artigo 52 e a inserida no artigo 40 da Lei n.º. 9.605, de 1988 (‘Lei dos crimes ambientais’), que prevêm e punem, respectivamente, a penetração em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para a caça ou a exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da unidade competente, e a causação de dano direto ou indireto à essas Unidades de Conservação. Este último exemplo ilustra justamente uma hipótese de subsidiariedade da norma incriminadora de atos preparatórios autonomamente puníveis em relação à norma que pune a concretização da finalidade à qual aqueles atos se prestam.” (HORTA, 2007, p. 143).

Gomes de Almeida Horta (2007, p. 159 et seq.) defende que apenas há concurso aparente se as normas forem simultaneamente integradas ao ordenamento jurídico, pois ocorre a revogação se as normas com idênticos pressupostos que cominam diversas penas são integradas em momento diverso na ordem jurídica.⁴⁸⁷

Portanto, limitada à esfera penal, essa hipótese é raríssima. Contudo, o mesmo autor demonstra a possibilidade de sua existência com os arts. 297, §4º, e 337-A do Código Penal brasileiro,⁴⁸⁸ ambos acrescentados pela Lei 9.983/2000 (HORTA, 2007, p. 159 et seq.). Nesta hipótese de coincidência de todos os pressupostos e diversidade das sanções cominadas, a análise lógico-estrutural entre as normas permite constatar a alternatividade entre elas.

Segundo Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 134, tradução livre⁴⁸⁹), se as normas sancionadoras têm o mesmo pressuposto fático, “possibilita-se ao julgador, ante o idêntico tratamento punitivo, aplicar qualquer delas, resultando indiferente a aplicação de uma ou de outra”.

A outra hipótese de alternatividade ocorre se as normas têm pressupostos apenas parcialmente coincidentes. Nessas hipóteses, como não há identidade absoluta entre os

⁴⁸⁷ “Por outro lado, sendo diversas as penas previstas por cada uma das normas, idênticas quanto aos seus pressupostos, a validade de uma delas e, assim, a possibilidade de concorrência restariam aniquiladas pelo critério cronológico; *lex posterior derogat priori* (art. 2º, *caput* e §1º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC – e art. 2º do CP), naturalmente temperado pelo princípio da anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição da República de 1988), a menos que ambas tenham integrado simultaneamente o ordenamento jurídico. Trata-se, realmente, de uma hipótese raríssima, contudo inegável de alternatividade, à qual García Alberó se refere como ‘conflicto sincrónico’.” (HORTA, 2007, p. 159 et seq.).

⁴⁸⁸ “Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. [...] §3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. §4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no §3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.” (BRASIL, Código Penal).

“Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa [...]” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁸⁹ No original: “En términos generales, la *alternatividad* supone una situación de ‘conflicto’ entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el juzgador, ante el idêntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra.” (VASCONCELOS, 1975, p. 134).

pressupostos, a estrutura lógica das relações entre as normas não é suficiente para caracterizar a alternatividade, que deve ser verificada com base na apreciação valorativa do fato (HORTA, 2007, p. 160 et seq.). Nesses casos, “o concurso formal de crimes restará afastado apenas pela constatação de que as incriminações interferentes valoram o mesmo fato constitutivo de delito ou uma mesma afetação ao bem jurídico” (HORTA, 2007, p. 162).

Assim, nessas hipóteses, a alternatividade é critério remanescente, aplicável somente na impossibilidade de caracterização de relações de especialidade, consunção ou subsidiariedade entre as normas concorrentes (OSÓRIO, 2005, p. 407; HORTA, 2007, p. 158). Esses critérios não são aplicáveis porque nenhuma das normas em concurso “descreve uma fase posterior e mais gravosa da ofensa punida pela outra” (subsidiariedade), nem “a ofensa punida por uma delas” é “contingência normal daquela que a outra pune” (consunção) (HORTA, 2007, p. 162).

Consoante Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 162), caracteriza-se essa hipótese “entre as normas especiais qualificadoras de determinado crime, quando duas ou mais delas convergirem segundo as circunstâncias porventura envolvidas no seu cometimento”. O mesmo autor aponta, como exemplo de aplicabilidade desse critério, o art. 228, §§ 1º e 2º do Código Penal,⁴⁹⁰ nos casos em que o agente “atraísse para a prostituição uma irmã caçula, confiada à sua guarda, mediante grave ameaça” (HORTA, 2007, p. 163).

Nesse caso de alternatividade, não é possível determinar a norma que “traduz com maior propriedade e completude o seu significado jurídico” (HORTA, 2007, p. 160 et seq.), motivo pelo qual se determina a norma aplicável pela análise do mandamento das normas em concurso e defende-se a aplicação da norma que estabelece a pena mais grave (OSÓRIO,

⁴⁹⁰ O autor refere-se à redação do dispositivo anterior à Lei 12.015/2009, cujo texto era o seguinte: “Art. 227 [...] §1º. Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. [...] Art. 228 - Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. §1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do §1º do artigo anterior: Pena - reclusão, de três a oito anos. §2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.”

A mudança promovida pela Lei 12.015/2009, no art. 228 do Código Penal, não exclui a alternatividade entre seus os parágrafos. Cita-se: “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. §1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. §2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.” (BRASIL, Código Penal).

2005, p. 408).

Quanto à aplicabilidade desse critério no Direito Penal, a doutrina aponta as hipóteses em que estão em causa os tipos alternativos ou cumulativos (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 113 et seq.). Tratando dos tipos mistos alternativos, José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 115) leciona que:

Retomando-se o estudo dos mistos alternativos, tem-se que eles se apresentam sob duas formas. A **primeira**, quando o procedimento delituoso ofende a mesma **disposição legal**, isto é, a mesma figura típica em suas múltiplas ocorrências. É o chamado crime com pluralidade de hipóteses. E a **segunda**, quando a ofensa atinge **disposições diversas**, ou tipos legais diversos, que se opõem ou se excluem, mutuamente, no mesmo contexto da lei. Na segunda forma, as figuras típicas são distintas, compondo o chamado misto cumulativo. Uma disposição exclui a outra. (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 115).

Esse autor apresenta, como exemplo de alternatividade em relação à mesma disposição legal, o art. 122 do Código Penal, segundo o qual, constitui crime “induzir” ou “instigar” alguém a suicidar-se ou “prestar auxílio” ao suicídio. Nesses casos, comete um único crime – em razão da alternatividade – o agente que induz alguém a suicidar e também lhe presta auxílio a que o faça (CARVALHO FILHO, J.C., 2009, p. 115).

A alternatividade entre distintas disposições legais ocorre, segundo José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 115 et seq.), entre as hipóteses de furto e apropriação indébita⁴⁹¹ ou entre a receptação dolosa e o favorecimento pessoal,⁴⁹² se as duas normas penais disciplinam o mesmo fato ou o mesmo evento delituoso.

A doutrina aponta hipóteses em que mais de um desses critérios são igualmente aplicáveis às normas em concurso. Embora haja divergências doutrinárias quanto à extensão e aplicabilidade de cada um deles, sua aplicabilidade é necessária à garantia de *ne bis in idem*, pois, diante da dupla tipificação do mesmo ilícito, a dupla consideração dos mesmos fatos para fins de punição – ainda que legalmente prevista – viola esse direito fundamental. Daí a

⁴⁹¹ “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (BRASIL, Código Penal).

⁴⁹² “Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. §1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa. §2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.” (BRASIL, Código Penal).

essencialidade de aplicação desses critérios também na relação entre as esferas penal e administrativa.

5.2.3 Concurso aparente entre normas penais e administrativas

A teoria da unidade do poder punitivo atribui relevância ao *ne bis in idem* não apenas em relação às punições e processos na esfera penal e na administrativa, isoladamente consideradas, mas nas relações entre essas esferas, pois o mesmo conteúdo de ilícito somente pode ser punido uma vez, independentemente da instância em que a punição ocorre (OSÓRIO, 2005, p. 405).

Caso mais de uma norma regule os pressupostos da punição, o *ne bis in idem* rejeita a duplicidade de punição e de processos pelos mesmos fatos (mesmo conteúdo de ilícito), mas não estabelece a norma aplicável. As hipóteses em que mais de uma norma regula os mesmos ilícitos caracterizam o concurso aparente de normas, que pode ocorrer entre: a) normas penais, b) normas penais e administrativas ou c) normas administrativas (SOTOMAYOR, 2008, p. 54 et seq.).

Na ordem jurídica brasileira, a repartição de competências permite inferir o âmbito de atuação legislativa, em matéria punitiva administrativa, dos entes federados. A existência de normas sancionadoras administrativas estaduais, distritais ou municipais com os mesmos pressupostos fáticos – idênticas hipóteses – de ilícitos penais, leva à inconstitucionalidade dessas normas. Portanto, não se trata de concurso aparente de normas.

Contudo, se as normas aplicáveis aos mesmos fatos – mesmo conteúdo de ilícito – são válidas e vigentes na ordem jurídica, caracteriza-se o concurso aparente de normas, situação em que o *ne bis in idem* impõe a aplicação de uma única norma.

Dito concurso é denominado “aparente”, não real, porque, ao final, só uma das normas poderá ser aplicada ao caso concreto. Como ressaltou Gonzáles Rus, “todas as normas concorrentes respondem à mesma ou à semelhante valoração jurídica, de forma que sua aplicação conjunta supõe castigar várias vezes o mesmo comportamento, com a conseqüente violação do *ne bis in idem*”. (SOTOMAYOR, 2008, p. 54, tradução livre⁴⁹³).

O concurso aparente entre normas penais e administrativas pode ocorrer em duas

⁴⁹³ No original: “Dicho concurso se denomina ‘aparente’, no real, porque finalmente sólo una de las normas podrá aplicarse en el caso concreto. Como dice Gonzáles Rus, ‘todas las normas concurrentes responden a la misma o a semejante valoración jurídica, de forma que su aplicación conjunta supondría castigar varias veces el mismo comportamiento, con la consiguiente violación del *non bis in idem*’.”

situações. A primeira consiste na tipificação, pela União, na esfera penal e administrativa, do mesmo ilícito com idênticos pressupostos (alternatividade). Nesse caso, não há inconstitucionalidade de qualquer norma se a União tiver competência para legislar sobre a matéria objeto da sanção administrativa. Portanto, a norma aplicável será determinada pela vigência ou por outros critérios.

Segundo o critério da vigência, se uma conduta tipificada como crime, posteriormente, é tipificada como infração administrativa pela União Federal, conclui-se que houve a descriminalização da conduta pela revogação da norma anterior com ela incompatível ou, em sentido contrário, a criminalização da conduta antes tipificada como infração administrativa.

Essa conclusão se alicerça no caráter fundamental do *ne bis in idem*, na inexistência de distinção ontológica entre as infrações penais e administrativas gerais e na necessidade de proporcionalidade no exercício do poder punitivo. Os critérios de validade e vigência permitem solucionar diversos conflitos normativos (antinomia), mas não são aplicáveis ao concurso aparente de normas, que somente ocorre entre normas válidas e vigentes.

O critério da vigência não é aplicável caso a União tipifique, simultaneamente, com normas que entram em vigor na mesma data, o mesmo conteúdo de ilícito como infração penal e administrativa. Nesse caso, ambas as normas são válidas e vigentes, mas, ao se sobreporem na aplicação ao mesmo fato, caracterizam o concurso aparente de normas, verificável pela alternatividade entre normas com idênticos pressupostos de aplicabilidade.

É o que ocorre entre os arts. 176 e 304 do CTB,⁴⁹⁴ que tipificam, penal e administrativamente, a omissão de socorro pelo condutor às vítimas em acidentes automobilísticos. As hipóteses de ambas as normas são idênticas e elas se diferem apenas pelo mandamento, permitindo-se verificar a alternatividade entre elas.⁴⁹⁵

A outra hipótese de concurso aparente de normas caracteriza-se entre normas

⁴⁹⁴ “Art. 176. Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima: I - de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo; [...] Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação. [...] Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

⁴⁹⁵ Outro exemplo de concurso aparente de normas penais e administrativas federais encontra-se nos arts. 165, 276, 291 e 306 do CTB.

penais e administrativas (federais, estaduais, distritais e municipais) que não têm pressupostos idênticos, mas que se sobrepõem em sua aplicação devido à coincidência parcial do âmbito de incidência de cada uma delas.

O concurso aparente é identificado pelas relações de especialidade, consunção, subsidiariedade ou alternatividade entre as normas. Nesse sentido, pode se caracterizar o concurso aparente entre os citados dispositivos das Leis 8.137/90 e 8.666/93, que tipificam infrações penais, e os dispositivos da Lei 12.529/2011, que estabelecem infrações administrativas; uma vez que, embora essas normas não tenham pressupostos idênticos, têm-nos parcialmente coincidentes.

Seriam, portanto, aplicáveis os critérios utilizados pelo Direito Penal para solucionar o concurso aparente entre normas penais e administrativas gerais? A resposta é negativa. Esse tipo de concurso deve ser solucionado por critérios expressamente previstos na legislação nacional e, na ausência desses, deve prevalecer a esfera penal.

Cabe, inicialmente, ao Congresso Nacional estabelecer critérios para a solução do concurso aparente entre normas penais e administrativas. A discricionariedade atribuída a esse órgão, para inserir determinada conduta, no conteúdo do Direito Penal, ainda que vise à proteção de bens jurídicos, objeto de tutela em outros ramos jurídicos, permite-lhe também estabelecer a prevalência, ou não, da norma penal em relação às normas administrativas (de todos os entes), se caracterizado o concurso aparente entre elas.

A ordem jurídica brasileira dispõe de sistema semelhante, que, de certa forma, garante a prevalência da esfera administrativa. A Lei 12.529/2011, que trata de infrações à ordem econômica, possibilita a prevalência da esfera administrativa no caso de concurso aparente entre normas penais e administrativas, se o agente infrator celebrar o acordo de leniência.⁴⁹⁶

As normas que regulam o acordo de leniência estabelecem efeitos semelhantes aos advindos da suspensão condicional do processo penal,⁴⁹⁷ pois o cumprimento do acordo de

⁴⁹⁶ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.” (BRASIL, Lei 12.529, de 30/11/2011).

⁴⁹⁷ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a

leniência garante a extinção da punibilidade penal.

O acordo de leniência é celebrado pela Administração Pública, que determina seu conteúdo e declara o cumprimento das condições nele estipuladas, declaração da qual decorre automaticamente a extinção da punição na esfera penal.⁴⁹⁸ A suspensão condicional do processo penal é celebrada perante o Poder Judiciário, que fiscaliza seu cumprimento, após o qual, também se declara a extinção da punibilidade. A Lei de defesa da concorrência garante maior discricionariedade aos agentes do CADÊ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que a atribuída aos juízes, pela Lei 9.099/1995, quanto à estipulação das obrigações a serem cumpridas pelo beneficiário.

Trata-se de hipótese extraordinária em que o Poder Legislativo, diante do concurso aparente de normas penais e administrativas, estabeleceu expressamente a prevalência da esfera administrativa. Todavia, essa norma **não** teve a finalidade de evitar o *bis in idem*, mas garantir condições para a denúncia privilegiada e para a coleta de informações para a punição de outros infratores, pois o descumprimento do acordo pode levar à imposição

quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. §1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. §2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. §3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. §4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. §5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. §6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. §7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.” (BRASIL, Lei 9.099, de 26/09/1995).

⁴⁹⁸ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, **poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica**, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. [...] §3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. §4º **Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. [...] §12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.” (BRASIL, Lei 12.529, de 30/11/2011) (Sem destaques no original).**

das sanções penais e administrativas cominadas pela ordem jurídica.

Na maior parte das hipóteses, não há qualquer norma que estabeleça a prevalência de uma esfera em relação à outra. Contudo, essa omissão não permite a aplicação de mais de uma norma punitiva em razão dos mesmos fatos, pois as relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre normas punitivas existem independentemente da previsão legislativa.

Ausente a previsão legal de critérios que solucionem o concurso aparente de normas, compete ao aplicador da norma, ao verificar a unidade de fato, estabelecer a norma aplicável no caso concreto.⁴⁹⁹ A ausência de previsão normativa quanto à resolução do concurso aparente não pode levar à reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa.

A prevalência da esfera penal fundamenta-se na expressa atribuição da competência penal à União, na garantia de coisa julgada, inexistente na esfera administrativa, e nas garantias do processo penal.

Se essa solução resulta lógica e pouco questionada nos casos em que a norma penal é especial, consuntiva, primária ou comina a penalidade mais grave, a doutrina diverge, especialmente, quanto às hipóteses em que as normas administrativas impõem sanções mais graves que as impostas na esfera penal.

No sistema espanhol, o TCE estabeleceu a solução – que entende constitucionalizada – de prevalência da esfera penal. Assim, os critérios de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade podem ser utilizados para indicar a existência do concurso aparente entre normas penais e administrativas, mas não para solucioná-lo.

José Cid Moliné (1996, p. 165, tradução livre⁵⁰⁰) opõe três objeções à prevalência

⁴⁹⁹ “A proibição do *bis in idem* atinge os processos punitivos, as investigações, as instâncias e suas atividades sancionatórias ou apuratórias de ilícitos, mas não se pode ignorar os ritos e fórmulas para dedução desse pleito obstaculizador das ações punitivas. É possível à jurisprudência criar regras processuais ou procedimentais que potencializem o *non bis in idem* dentro do devido processo legal, independentemente de previsões em textos legais ou constitucionais. Tais regras decorrem implicitamente do sistema e podem ser construídas pelos operadores jurídicos, envolvendo aspectos como prazos, direitos de defesa, causas suspensivas da tramitação de um feito, entre outras medidas. É certo que resulta igualmente possível a intermediação legislativa no detalhamento das formas procedimentais para a discussão e alegação do *non bis in idem*, o que não equivale a dizer que a omissão do legislador possa inviabilizar o gozo dos direitos fundamentais imanentes ao devido processo legal.” (OSÓRIO, 2005, p. 357).

⁵⁰⁰ No original: “La solución que da el TC a los supuestos de duplicidad de tutela, basada en la preferencia por la vía formalmente penal, suscita, desde la posición diferenciadora sostenida en este trabajo, las tres objeciones siguientes. En primer lugar, en aquellos casos en que las sanciones administrativas, aun perteneciendo a la clase de las de gravedad mínima, son de mayor gravedad que las sanciones formalmente penales, la preferencia por la vía formalmente penal puede suponer, atendiendo a la mayor certeza del procedimiento administrativo, una disminución no justificada de la función preventiva (MESTRE, 1988: 526-527; REBOLLO, 1989: 854-855; NIETO, 1993: 373). En segundo lugar, en aquellos casos en que la vía penal se

da esfera penal sobre a administrativa como regra absoluta. A primeira diz respeito à existência de sanções administrativas que, mesmo com mínima gravidade, são mais graves que as sanções formalmente penais, pois, nesses casos, “a prevalência da via formalmente penal pode levar [...] à diminuição não justificada na função preventiva”. A segunda se dirige às hipóteses em que a esfera penal prevê sanções de conteúdo material penal e a via administrativa sanções de gravidade mínima, pois, nessas hipóteses, a prevalência da via penal “supõe opção criticável, tendo em vista o princípio da *ultima ratio*”. Por fim, conforme entende, a proibição de que a Administração atue nas hipóteses em que constate que o fato investigado possa constituir ilícito penal, “pode levar à desmotivação da autoridade administrativa no desenvolvimento de suas funções de inspeção e controle [...], com a consequente deterioração da função preventiva”.

Em sentido contrário, Tomás Cano Campos (2001, p. 217 et seq., tradução livre⁵⁰¹) defende a constitucionalidade da prevalência da esfera penal e o acerto da decisão do TCE. De acordo com esse autor, o modelo de estado autonômico, adotado pela CE/1978 garante ao Estado a competência para legislar sobre direito penal. Assim, somente ao Estado

plasma en sanciones de contenido material penal y la vía administrativa en sanciones de severidad mínima, la preferencia por la vía formalmente penal supone una opción criticable desde el principio de *última ratio*, en el supuesto de que la mayor certeza de las sanciones administrativas esté en condiciones de compensar, de cara a la prevención, la mayor severidad de las sanciones, formal y materialmente, penales. En tercer lugar, la prohibición que establece el Tribunal Constitucional de que los órganos de la Administración actúen en los supuestos en que el hecho investigado sea constitutivo de ilícito formalmente penal, limitándose a comunicar la infracción a la autoridad judicial, puede comportar una desmotivación de la autoridad administrativa en el desarrollo de sus funciones de inspección y control que tiene encomendadas, con el consiguiente deterioro de la función preventiva.” (MOLINÉ, 1996, p. 165).

⁵⁰¹ No original: “Aunque no se ha acertado a perfilar el verdadero fundamento de la misma, la solución correcta es la mantenida por nuestro propio Derecho: en caso de concurso entre norma penal y norma administrativa sancionadora debe prevalecer la primera. Así lo impone, entiendo, no sólo la legislación ordinaria (y orgánica), sino la propia CE. El primer argumento constitucional en favor de dicha regla deriva de la cláusula del Estado autonómico, del propio sistema constitucional de distribución de competencias. La CE, como es de sobra conocido, reserva en exclusiva al Estado la ‘legislación penal’ (art. 149.1.6.a). El Estado es el único competente para determinar qué comportamientos han de reputarse delito o falta y ser objeto de una pena, por lo que sólo a él corresponde en exclusiva decidir qué bienes jurídicos han de ser protegidos mediante las normas penales. Pero dicha competencia puede verse parcialmente cercenada o burlada si, en caso de conflicto entre una norma penal y otra administrativa autonómica, se admite como criterio de resolución el cronológico o el de especialidad. Si un mismo hecho ha sido tipificado por el Estado como delito o falta y como infracción administrativa por una determinada Comunidad Autónoma (obviamente en aquellas materias de su competencia) y el bien jurídico protegido en uno y otro caso coincide, el criterio cronológico podría conducir a que una rápida tramitación del expediente sancionador por parte de la Administración autonómica (normalmente más cercana a los hechos que las autoridades judiciales) determinara la imposibilidad de que los órganos judiciales pudieran aplicar la norma estatal y proteger penalmente los bienes lesionados o puestos en peligro por los hechos enjuiciados. Si es el criterio de especialidad el que se adopta, las CC.AA. podrían vaciar de contenido o, más exactamente, dejar inaplicada una parte del CP (la que alude a materias en las que las CC.AA. gozan de competencias: ordenación del territorio, patrimonio histórico, medio ambiente, flora y fauna, consumidores, etc.) con el simple recurso de tipificar en sus leyes infracciones administrativas que presenten algunas especialidades respecto de los tipos penales.” (CAMPOS, 2001, p. 217 et seq.).

compete “determinar que comportamentos devem ser reputados crimes ou contravenções e ser objeto de sanção penal, motivo pelo qual a ele compete, exclusivamente, decidir que bens jurídicos devem ser protegidos por meio das normas penais”.

Esse autor ainda afirma que essa competência seria parcialmente cerceada ou burlada se, “em caso de concurso entre uma norma penal e outra administrativa autonômica, fosse admitido o critério cronológico ou da especialidade”. No caso do critério cronológico, a rápida tramitação de processos administrativos das Comunidades Autônomas levaria à inaplicabilidade das normas penais, e, no caso do critério da especialidade, parte das normas penais não seria aplicável devido à tipificação, pelas Comunidades Autônomas, de “infrações administrativas que apresentem algumas especialidades em relação aos tipos penais”.

No caso da concorrência entre normas penais e administrativas oriundas do Estado, o autor defende a prevalência da esfera penal com base no princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e no sistema de fontes adotado pela CE/1978. O direito penal é considerado a “última entre todas as medidas que o Estado pode utilizar para proteger bens jurídicos”, motivo pelo qual “somente pode intervir (isto é, o Estado somente pode dele se utilizar), quando considera que os demais meios de proteção [...] resultam inadequados ou ineficientes”. Esse princípio, ao lado da função negativa ou limitadora, incorpora a função positiva ou fundamentadora, segundo a qual a utilização do direito penal importa no reconhecimento, pela autoridade competente, da ineficiência dos outros mecanismos na proteção dos bens jurídicos (CAMPOS, 2001, p. 217 et seq., tradução livre⁵⁰²).

No Brasil, Fábio Medina Osório (2005, p. 381 et seq.) defende a prioridade da esfera penal em razão de sua dogmática mais desenvolvida no trato dos direitos fundamentais, de suas garantias e da maior gravidade das sanções, via de regra, impostas nessa esfera (OSÓRIO, 2005, p. 308 et seq.). Assim, admite a prevalência da esfera administrativa, em

⁵⁰² No original: “Si la concurrencia se da entre una norma penal y otra sancionadora estatal, los argumentos en favor de la prevalencia de la primera derivan del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y el propio sistema de fuentes establecido en la CE. El Derecho penal constituye la última de entre todas las medidas que es dable utilizar para proteger bienes jurídicos, de modo que sólo puede intervenir (esto es, el Estado sólo lo puede utilizar) cuando se considere que los demás medios de protección (responsabilidad civil, medidas de policía, sanciones administrativas, etc.) resultarán inadecuados o insuficientes. Por ello se considera que la pena constituye la *ultima ratio* y su misión es definida como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Pero este principio no sólo tiene una dimensión negativa o limitadora (que exige utilizar el Derecho penal sólo en ese caso), sino también otra positiva y fundamentadora: si el legislador competente, dentro del margen de estimación de que goza para ello, considera que determinados bienes jurídicos o determinados ataques a los mismos han de ser protegidos por el Derecho penal porque los demás medios de reacción resultarían insuficientes, esa decisión es indisponible (salvo para el propio legislador orgánico) y debe ser mantenida, pues de lo contrario los referidos bienes se verían privados de la tutela reforzada que se les ha dispensado a través del Derecho penal.” (CAMPOS, 2001, p. 217 et seq.).

relação à penal, se a sanção administrativa for mais grave que a cominada na esfera penal:

[...] o princípio do *non bis in idem* traduz a possibilidade de que, no bojo do sistema punitivo, uma resposta sancionatória do Direito Administrativo tenha o condão de atribuir ao infrator uma responsabilidade de tal magnitude que, em realidade, se torna não apenas concorrente com outras possíveis respostas, mas excludente de qualquer outra medida adicional. Isto ocorreria quando, sopesadas as circunstâncias do caso concreto, a sanção administrativa se revelasse com alto impacto nos direitos fundamentais do infrator, atendendo ao conteúdo finalístico do sistema punitivo como um todo, inclusive na perspectiva da fragmentariedade do Direito Sancionador. Nesse caso, outra resposta, como aquela ventilada pelo Direito Penal, pode revelar-se inócua, se tomada isoladamente, ou poderia traduzir excesso e desproporção, na hipótese de vir a ser somada àquela já aplicada. Nesse último caso, poderia preponderar a instância administrativa, impedindo o processo penal, de acordo com fundamentação direcionada no caso concreto e à satisfação dos direitos fundamentais em jogo. (OSÓRIO, 2005, p. 378).

O mesmo autor afirma que o caráter aflitivo, que pode ostentar o processo administrativo sancionador e a possibilidade de aplicação de sanções administrativas mais severas poderiam levar à suspensão do processo penal. São situações extraordinárias que, segundo o autor, demandam do intérprete a demonstração da desnecessidade e desproporcionalidade da resposta penal, em razão da imposição da sanção administrativa, além de justificar a prevalência dessa sanção com base nos bens jurídicos tutelados (OSÓRIO, 2005, p. 378 et seq.).

Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 310) propõe a utilização do critério da absorção da sanção menos grave pela de maior gravidade, na resolução de concursos entre infrações penais e tributárias, mesmo que prevaleçam essas em relação às penais. Consoante leciona, não é segura “a propalada e usualmente aceita diferenciação entre as sanções penais e administrativas com base em sua intensidade ou grau de ‘sofrimento’ a que sujeita o infrator, na medida em que nem sempre as sanções penais serão mais gravosas que as sanções tributárias” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 310).⁵⁰³

Do ponto de vista do *ne bis in idem*, é indiferente a prevalência de qualquer norma, desde que apenas uma seja aplicada. A norma prevalecente é estabelecida, portanto,

⁵⁰³ “Dessa forma, não se pode ignorar a eventual impossibilidade material de haver a absorção, *in concreto*, da sanção estritamente tributária pela sanção penal, como nos casos, não raros, em que a pena privativa de liberdade é substituída pela perda de bens e/ou multa, cujo valor total fique aquém da sanção pecuniária de natureza estritamente fiscal. Tal impossibilidade ocorrerá sempre quando a sanção tributária revelar-se mais severa que a penal. Em tais casos, deveria ocorrer nesses casos a absorção no sentido inverso.” (SILVA, P. R. C., 2007, p. 310).

com base em outras regras e princípios da ordem jurídica; especialmente se as penas cominadas têm a mesma natureza, como no caso da multa ou suspensão de direitos, é possível defender a prevalência da norma mais grave, mesmo que sua aplicação possibilite a prevalência da esfera administrativa em relação à penal.

Contudo, esse critério não é admitido pela ordem jurídica brasileira de maneira geral, como defendido pelos autores citados. A CRFB/88 ao atribuir, com exclusividade, à União, a competência para legislar sobre direito penal determina a uniformidade de aplicação das normas penais no território brasileiro.

Se fosse admitido qualquer outro critério implícito, que não a prevalência da esfera penal, a aplicação do direito penal não seria uniforme, especialmente, na consideração de infrações penais, com infrações administrativas estaduais, distritais e municipais. Isso porque, bastaria que os entes federados regionais tipificassem infrações administrativas especiais, com penas mais graves que o correspondente ilícito penal, para que fosse afastada a aplicação da legislação penal. Essa situação poderia levar a que, em relação à mesma infração, ora fosse aplicada a legislação penal, ora a administrativa.

Nessa situação, duas condutas idênticas, praticadas em dois municípios distintos, integrantes da mesma comarca, poderiam ser punidas com a sanção penal em um caso e com a sanção administrativa em outro, a depender da norma municipal aplicável. Evidentemente que, ao atribuir à União competência privativa para legislar sobre direito penal, a CRFB/88 proibiu esse tipo de aplicação de suas normas.

Poderia haver, também, a inaplicabilidade de parte das normas penais, o que caracterizaria burla à competência da União para legislar sobre direito penal.

Dessa forma, a ordem jurídica brasileira não comporta a aplicação de outros critérios, que não a prevalência da esfera penal, para solucionar o concurso aparente de normas penais e administrativas estaduais, distritais e federais, exceto se previstos em legislação nacional de aplicação uniforme.

Mesmo em relação à legislação administrativa expedida pela União, não seria possível, na ausência de norma legislativa que estipule outro critério, sobrepor a aplicação da norma administrativa à penal, com base na maior gravidade das sanções administrativas.

Isso porque, a grande maioria das normas penais comina a pena privativa de liberdade aos ilícitos que tipifica, ainda que se admita sua conversão em penas restritivas de direitos, a suspensão condicional do processo ou da pena privativa de liberdade aplicada. Todavia, essas possibilidades demandam atuação do Poder Judiciário e/ou manifestação do

r eu.

Assim, as penas restritivas de direitos⁵⁰⁴ e a suspensão da pena privativa de liberdade⁵⁰⁵ somente são admissíveis após a condena o penal e a análise de circunstâncias específicas de cada condenado. Essa condi o torna absolutamente inviável analisar a gravidade da san o penal abstratamente cominada em rela o   san o administrativa. A suspensão condicional do processo, que não demanda condena o, somente pode ser oferecida aos que cumprem determinadas condi es,⁵⁰⁶ que a Administra o não tem competência para avaliar, nos termos da legisla o vigente.

Portanto a constata o da maior gravidade da san o administrativa em rela o   penal somente pode se dar após a sentença condenatória; pois, para uma pessoa a san o penal pode ser mais grave que a administrativa, mas para outra, não, situa o essa que pode gerar insegurança jurídica em rela o   norma aplicável. Assim, o critério da maior gravidade da san o cominada   de difícil aplica o no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se essa aplica o restasse limitada ao concurso aparente de normas penais e administrativas federais.

⁵⁰⁴ “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – presta o pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (vetado); IV – presta o de serviço   comunidade ou a entidades públicas; V – interdi o temporária de direitos; VI – limita o de fim de semana. Art. 44. As penas restritivas de direitos são aut nomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça   pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o r eu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substitui o seja suficiente. §1  (vetado) §2  Na condena o igual ou inferior a um ano, a substitui o pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. §3  Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substitui o, desde que, em face de condena o anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime §4  A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restri o imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de deten o ou reclusão. §5  Sobrevindo condena o a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execu o penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.” (BRASIL, Código Penal).

⁵⁰⁵ “Art. 77 - A execu o da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o **condenado não seja reincidente em crime doloso**; II - **a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício**; III - **Não seja indicada ou cabível a substitui o prevista no art. 44 deste Código**. §1  - A condena o anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. §2  A execu o da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.” (BRASIL, Código Penal) (Sem destaques no original).

⁵⁰⁶ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, **desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.** [...]” (BRASIL, Lei 9.099, de 26/09/1995) (Sem destaques no original).

Por fim, a prevalência da esfera penal sobre a administrativa não é fundamentada apenas na gravidade das sanções cominadas, mas na competência expressa da União para legislar sobre direito penal, nas maiores garantias do processo penal e na coisa julgada. O dever de coerência estatal, na emissão de decisões, e a imparcialidade do Poder Judiciário também sustentam a prevalência das decisões penais em face das administrativas:

Aceita-se tranquilamente essa prevalência do juízo penal sobre as demais instâncias, com base na gravidade das sanções penais e, conseqüentemente, na maior preocupação com as garantias processuais nessa esfera. Contudo, a alegada maior gravidade das sanções penais é uma realidade apenas relativa e em princípio. Em muitos casos, ela pode não ocorrer. [...] Diante disso, o que nos parece justificar e impor a prevalência do juízo penal sobre as demais instâncias – e particularmente sobre a administrativa – são duas outras premissas. Inicialmente, trata-se de reconhecer a unidade do poder punitivo estatal e, conseqüentemente, afastar a possibilidade de o estado emitir duas decisões contraditórias sobre os mesmos fatos. Vale dizer: o poder público não pode simultaneamente afirmar e negar a existência de um mesmo fato ou de sua autoria, sob pena de cair no descrédito perante os cidadãos. Vigora, aí, um dever de *coerência* imposto aos pronunciamentos estatais, como corolários dos princípios da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III) e da *segurança jurídica* (Lei Federal n. 9784/99, art. 2º). Em seguida, tratando-se de responsabilização *punitiva*, a prevalência da decisão judicial sobre a esfera administrativa explica-se pela pressuposta imparcialidade do juiz face aos envolvidos na lide: o acusador – quase sempre o Estado, representado pelo Ministério Público – e o réu. Diferentemente, na esfera administrativa, o mesmo órgão do poder público que instaura o processo é quem irá decidir a controvérsia, ou outro órgão dentro da mesma estrutura hierárquica. Ademais, é próprio da função jurisdicional – atividade-fim do Poder Judiciário – decidir as lides de modo definitivo, ou seja, fazendo coisa julgada. Da conjunção dessas duas premissas é que resulta imperativo dar prioridade à manifestação do juízo criminal perante a instância penal administrativa. (ARAÚJO, 2011, p. 72 et seq.).

Fábio Medina Osório defende a possibilidade de alteração legislativa que permita ao juiz penal aplicar sanções administrativas (OSÓRIO, 2005, p. 381).⁵⁰⁷ Essa possibilidade, ainda que de forma limitada, é admitida pelo art. 92 do Código Penal⁵⁰⁸ e pelas normas que

⁵⁰⁷ “Pode-se apostar, aqui num movimento no sentido de tutelar os ilícitos mais graves prioritariamente através do Direito Penal, absorvendo outras sanções, mesmo que veiculadas em ramo jurídico autônomo e distinto, como o é o Direito Administrativo Sancionador. Esta absorção haveria de supor alguma espécie de intermediação legislativa, ao efeito de habilitar a autoridade judiciária competente na seara penal para impor outras medidas sancionadoras na sentença penal condenatória. Todavia, não se pode dizer que este é um movimento rigorosamente obrigatório, até mesmo em conseqüência da liberdade legislativa na conformação dos ilícitos e das penas, bem assim dos procedimentos, e também porque nem sempre o Direito Penal cuidará adequadamente, com equilíbrio, da tutela dos ilícitos, perdendo terreno para outras projeções do poder punitivo estatal.” (OSÓRIO, 2005, p. 381).

⁵⁰⁸ “ Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a)

definem as condições de suspensão da pena privativa de liberdade⁵⁰⁹ e suspensão condicional do processo,⁵¹⁰ pois, o juiz, valendo-se desses dispositivos, pode impor a sanção prevista na legislação administrativa.

De qualquer forma, a solução adotada deve garantir segurança jurídica na aplicação das normas, pois não se deve admitir que cada caso seja solucionado de forma diversa. Os critérios adotados devem ser gerais e aplicáveis a todos os casos similares. Nesse sentido, a decisão do TCE, ainda que possa ser questionada quanto aos fundamentos e efeitos, garante a segurança quanto à norma aplicável.

No Brasil, a prevalência da esfera penal de maneira geral, na falta de norma nacional expressa, além garantir segurança jurídica na aplicação das normas penais e administrativas, por estabelecer de forma clara a norma prevalecente, amolda-se ao sistema de repartição de competências da CRFB/88.

5.2.4 Concurso aparente entre normas administrativas

Se o concurso entre normas penais e administrativas, no caso de inexistência de critérios expressos, pode ser solucionado com a prevalência da norma penal; o concurso aparente de normas administrativas comporta soluções diversas de acordo com a origem das normas em concurso.

quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.” (BRASIL, Código Penal).

⁵⁰⁹ “Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...] Art. 78 - **Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.** §1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). §2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de freqüentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Art. 79 - **A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.**” (BRASIL, Código Penal) (Sem destaques no original).

⁵¹⁰ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. [...] §2º **O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.**” (BRASIL, Lei 9.099, de 26/09/1995) (Sem destaques no original).

O concurso aparente entre normas administrativas pode derivar de normas administrativas de entes federados diversos ou de normas administrativas do mesmo ente. Nesses casos, além dos critérios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade, utilizados para identificar o concurso, o critério cronológico também deve ser utilizado para solucioná-lo. Segundo o critério cronológico:

Prevalece a norma que determina a sanção administrativa que primeiro foi imposta (critério cronológico). A imposição da primeira sanção proíbe a sanção ulterior pelo mesmo ilícito, independentemente do caráter da segunda norma em concurso ou de que contemple um tipo especial em relação à norma imposta ou preveja uma sanção de maior gravidade. (SOTOMAYOR, 2008, p. 86 et seq., tradução livre⁵¹¹).

É possível a existência de concurso aparente de normas administrativas, com idênticos pressupostos fáticos, aplicáveis ao mesmo fato e oriundas de entes federados diversos, todos competentes – especialmente nos casos em que a conduta ocorre em um local e os efeitos em outros. Também podem ocorrer hipóteses em que, embora a norma aplicável seja a mesma (federal/estadual), mais de um ente (Estados/Municípios) possa aplicá-la devido ao local em que ocorreu e ao local em que seus efeitos se desenvolveram.⁵¹²

Embora apenas a primeira hipótese caracterize o concurso aparente de normas, que deve ser identificado pelos critérios de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade, em ambos os casos, aplica-se critério cronológico, no sentido de que aplicada uma punição pelo mesmo conteúdo de ilícito, os demais entes estão impedidos de atuar.

Evidentemente, as aguardadas leis complementares previstas no art. 23, parágrafo único, da CRFB/88⁵¹³ podem estabelecer mecanismos de colaboração entre os entes federados, que regulem a forma do exercício do poder punitivo quanto à competência material comum. Contudo, enquanto essas normas não são promulgadas, o critério cronológico deve ser utilizado para impedir que o mesmo conteúdo de ilícito seja punido em mais de uma esfera

⁵¹¹ No original: “Prevalece la norma que determine la sanción administrativa que primero se imponga (criterio cronológico). La imposición de la primera sanción prohíbe el castigo ulterior por el mismo ilícito, con independencia del carácter de la segunda norma en conflicto o de que contemple un tipo más especial que la primera o prevea una sanción de mayor gravedad.”

⁵¹² Nesta hipótese não se trata de concurso aparente de normas, devido à existência de apenas uma norma, mas de competência para aplicação da norma. Ausente critérios expressos, deve-se afastar a possibilidade de *bis in idem* e reconhecer que a primeira sanção aplicada exclui a possibilidade de novas sanções pelos mesmos fatos.

⁵¹³ “Art. 23. [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

administrativa.

No caso de concurso aparente de normas administrativas expedidas pelo mesmo ente, deve prevalecer a norma que prevê o tipo especial, principal, consuntivo ou a sanção mais grave.

Os critérios mencionados devem ser utilizados para identificar o concurso aparente de normas administrativas e diferenciá-lo do concurso de infrações administrativas. Como exemplo, o art. 181 do CTB, que regula o estacionamento de veículos, possui hipóteses que caracterizam o concurso de infrações e hipóteses que caracterizam concurso aparente de normas.

Se uma pessoa estaciona seu veículo “afastado da guia da calçada (meio-fio) de cinquenta centímetros a um metro” (inciso II) e, ao mesmo tempo, “onde houver guia de calçada (meio-fio) rebaixada destinada à entrada ou saída de veículos” (IX),⁵¹⁴ praticará duas infrações em concurso, conforme a determinação do art. 266 do CTB. Embora a pessoa tenha praticado uma só conduta (natural), consumaram-se dois ilícitos independentes, pois as normas que os tipificam não se encontram em relação lógico-estrutural que define a especialidade ou alternatividade, nem há unidade de valoração jurídica que define a consunção, subsidiariedade e alternatividade. São infrações cujos pressupostos são diversificados e independentes.

Contudo, a consumação da infração de estacionar o veículo, “ao lado de outro veículo em fila dupla” (XI), tem como circunstância normal e esperada a consumação também da infração de estacioná-lo “afastado da guia da calçada (meio-fio) a mais de um metro” (III). Isto porque, em algumas hipóteses de aplicabilidade dessas normas, há relação de consunção entre elas.

Da mesma forma, pode ser reconhecida relação de especialidade entre as normas do art. 173 e 174 do CTB.⁵¹⁵ A análise abstrata dessas normas demonstra que os pressupostos da punição do art. 174 encontram-se presentes nos pressupostos necessários à configuração da infração prevista no art. 173. Contudo, aquela norma – especial – apresenta elementos

⁵¹⁴ “Art. 181. Estacionar o veículo: [...] II - afastado da guia da calçada (meio-fio) de cinquenta centímetros a um metro: [...] III - afastado da guia da calçada (meio-fio) a mais de um metro: [...] IX - onde houver guia de calçada (meio-fio) rebaixada destinada à entrada ou saída de veículos: [...] XI - ao lado de outro veículo em fila dupla: [...]” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

⁵¹⁵ “Art. 173. Disputar corrida por espírito de emulação: [...] Art. 174. Promover, na via, competição esportiva, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via: [...]” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro).

desnecessários à configuração da infração ao art. 173. Como a infração tipificada no art. 174 é específica em relação à do art. 173, a conduta que se subsume a ambas as normas deve levar à imposição das penas daquele artigo e não deste.

Também a relação de subsidiariedade existe entre tipos administrativos. Como exemplo de normas subsidiárias concorrentes, no Direito Administrativo Sancionador, pode ser citada a tipificação dos atos de improbidade administrativa que ofendem os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/92). Essa norma é subsidiária em relação à tipificação dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º).⁵¹⁶

A conduta que se subsume aos arts. 9º ou 10, certamente é subsumível ao art. 11, contudo a dupla punição não é admitida, pois as penas cominadas às infrações previstas no art. 11 somente são aplicáveis no suposto de que a conduta não desenvolveu seu potencial lesivo até consumir os tipos previstos nos arts. 9º ou 10. A norma do art. 11 estabelece, portanto, proteção subsidiária aos referidos bens.

As normas jurídicas podem regular, de forma diversa, o mesmo conteúdo de ilícito, caracterizando o concurso aparente entre normas penais e administrativas ou entre normas administrativas. Em ambos os casos, veda-se a aplicação de mais de uma norma em relação ao mesmo conteúdo de ilícito, em razão do *ne bis in idem*.

No caso de concurso aparente entre normas penais e administrativas deve prevalecer a esfera penal em relação à administrativa. Essa solução pode ser afastada pelo Congresso Nacional, que tem competência para determinar outros critérios de solução do concurso aparente de normas, inclusive, com a prevalência da esfera administrativa. Contudo, ausente a previsão legal, é necessário que critério adotado proporcione segurança jurídica na aplicação da norma, o que se entende que será alcançado com a prevalência da esfera penal.

Ademais, os critérios existentes para solucionar o concurso aparente de normas penais, se aplicados na relação entre as esferas penal e administrativa, poderia levar à

⁵¹⁶ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...]”. (BRASIL, Lei 8.429, de 22/06/1992).

usurpação da competência da União para legislar sobre direito penal e à aplicação do direito penal de forma não uniforme no País, situações não admitida pela CRFB/88.

No caso de concurso aparente de normas administrativas o critério cronológico deve ser aplicado sempre que uma esfera administrativa se adianta na aplicação da sanção. Os critérios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade devem ser utilizados para identificar e solucionar concurso aparente de normas oriundas do mesmo ente federado.

6 CONCLUSÕES

O poder punitivo é um dos mecanismos utilizados pelo Estado para regular as condutas das pessoas submetidas a sua ordem jurídica e as normas que liberam seu exercício são objeto de estudo do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. A utilização desse mecanismo representa uma opção política do Poder Legislativo, que pode atribuir seu exercício a órgãos administrativos e judiciais, neste caso, penais ou cíveis (cível, eleitoral, trabalhista).

O caráter contingente do Direito constitui limite ao exercício do poder punitivo estatal em uma sociedade cuja Constituição declara, como seu fundamento, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana e determina, como fim do Estado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Devido à natureza restritiva de direitos do mecanismo punitivo, em sua utilização, deve-se considerar a mutabilidade do valor que se pretende proteger, e a sanção imposta – em qualquer esfera – deve ser justificada na ordem valorativa resguardada pela Constituição.

A CRFB/88 legitima o uso do sistema punitivo, mas submete seu exercício – em todas as suas formas de manifestação – aos princípios inerentes ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais.

A segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência, a individualização da pena, o devido processo legal, o *ne bis in idem*, entre outros são princípios inerentes ao Estado de Direito que objetivam garantir que o exercício do poder punitivo estatal se pautar por critérios racionais. Esses princípios estabelecem uma matriz unitária aplicável ao poder punitivo.

Para estabelecer o âmbito sobre o qual incidem esses princípios, determinou-se a extensão do poder punitivo pela imposição da pena, pois se considera que é a previsão de sua imposição que o caracteriza. O conceito de pena impõe-se como limite ao Poder Legislativo, pois estabelece o âmbito de proteção constitucional que independe de sua manifestação.

A identificação da pena considera que, embora ela seja real, sua finalidade é desconhecida (teoria agnóstica da pena). A exclusão de outras medidas restritivas de direito do conceito de pena deriva da existência e identificação de finalidade jurídica para essas medidas. Ausente finalidade própria de uma medida restritiva de direitos imposta pelo descumprimento de um ato ilícito, caracteriza-se a pena.

Reconhece-se poder punitivo estatal todas as vezes que a norma prescreve para o

descumprimento de uma obrigação legal a aplicação de pena, isto é, de uma sanção que não tenha por finalidade reparar um dano moral ou patrimonial específico ou impedir dano iminente ou perigo de lesão a direitos fundamentais.

Todos os Poderes do Estado exercem o poder punitivo. Ao Poder Legislativo incumbe estabelecer normas de conduta e cominar abstratamente a pena pelo descumprimento da conduta devida (obrigação). A fiscalização das condutas, quanto ao cumprimento de obrigações, é constitucionalmente atribuída à Administração Pública. O descumprimento da obrigação poderá levar à imposição da sanção cominada em abstrato; essa imposição pode ser feita por agências judiciais (penais e cíveis) ou por agências executivas (autoridades administrativas). Por fim, se a sanção não é executada voluntariamente ou se é incompatível com a execução voluntária, as agências judiciais ou executivas promoverão sua execução.

No exercício da atividade normativa que lhe compete, o Poder Legislativo possui discricionariedade para estipular a conduta proibida, cominar penas, estabelecer os requisitos e as formas para a aplicação das sanções punitivas, bem como a autoridade a quem compete aplicar essas sanções e executá-las. Todavia, esse Poder se vincula ao conceito de pena, conceito este que garante a aplicabilidade dos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo.

No Brasil, considera-se que diferenças formais, quanto ao exercício do poder punitivo, especialmente a competência legalmente atribuída a autoridades diversas para imposição da sanção, garantem a autonomia e independência entre as diversas formas de manifestação do poder punitivo. Ao defender a autonomia e independência das instâncias punitivas, sustenta-se que garantias constitucionais inerentes ao Estado de Direito, como a prévia tipificação das condutas puníveis, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, entre outros se dirigem exclusivamente à esfera punitiva penal e processual penal.

Conforme se verificou, essa teoria já goza de ampla aceitação em outros países, especialmente nos da União Europeia; pois, devido à inexistência de diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, inseriu-se a repressão administrativa no conceito amplo de repressão estatal e aderiu-se à teoria da unidade do poder punitivo.

Em Portugal, a legislação reconhece a interdependência entre as esferas penal e administrativa, bem como determina a submissão das punições aplicadas na instância administrativa a princípios anteriormente aplicados apenas na esfera penal. Na Espanha, a CE/1978 garante apenas a anterioridade das infrações administrativas, contudo, o TCE e o

TSE determinaram a imposição de outros limites materiais ao exercício da atividade punitiva da Administração.

No Brasil, considera-se a aplicação de sanções administrativas atividade típica do Poder Executivo, inerente à separação de poderes. Esse paradigma deve ser alterado a fim de que o poder punitivo exercido pela Administração se submeta aos princípios do Estado de Direito que estipulam a matriz constitucional da repressão estatal.

Reconhece-se que a CRFB/88 rompeu com o sistema anterior, ao garantir, na esfera administrativa, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, ao submeter a atividade administrativa à legalidade e ao restringir os poderes normativos da Administração. Com essas mudanças, parte da doutrina defende que a atividade de polícia encontra-se limitada a princípios inerentes ao Estado de Direito: submissão da Administração à legalidade, exigência de tipicidade para imposição de sanções, observância do devido processo legal e limitações à discricionariedade e autoexecutoriedade administrativa.

Os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo não levam à identificação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, reconhecidos como esferas diversas e interdependentes pelas quais se manifesta o poder punitivo estatal. Essa interdependência rejeita o dogma da separação de instâncias na forma existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois, tratando-se da mesma atividade exercida por diversas formas, além da submissão a princípios comuns, a Administração deve considerar as decisões judiciais na aplicação de sanções administrativas.

A constatação de que a Administração Pública impõe penalidades no exercício da função administrativa levou a doutrina a buscar critérios que fundamentem a autonomia dessas penas em relação às impostas na esfera penal.

Ao se perquirir sobre as diferenças entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, dois enfoques podem ser considerados. O primeiro quanto à existência de âmbitos de atuação diferenciados para direito penal e para o administrativo sancionador. Com esse enfoque, a doutrina busca critérios que identifiquem as condutas puníveis na esfera penal e as puníveis na esfera administrativa, a fim de estabelecer limites ao Poder Legislativo. Esses critérios são chamados materiais ou quantitativo.

Os critérios formais de distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador enquadram-se no segundo enfoque. Eles não objetivam determinar a esfera de atuação de cada instância, mas apenas a forma de manifestação da sanção em cada uma delas. Esses critérios não se preocupam com o ilícito, pois não objetivam estabelecer que condutas

podem e/ou devem ser atribuídas a uma ou outra instância. É indiferente a esses critérios se a conduta será objeto de sanção na esfera penal ou na administrativa, desde que respeitados os critérios jurídicos para imputação em cada instância.

Os critérios formais fundamentam-se nas normas jurídicas, que estabelecem regime jurídico diverso às formas de manifestação do poder punitivo, e identificam as instâncias penal e administrativa com base em diferenças quanto requisitos de imputação, aos procedimentos ou à natureza das sanções. Eles são posteriores às normas, caracterizam-se como meras descrições do ordenamento jurídico e são adotados pela maior parte da doutrina brasileira. Contudo, esses critérios não fundamentam a diversidade do regime e não identificam qualquer aspecto que possa excluir, do conceito de poder punitivo, as esferas judicial não penal e administrativa.

Diferenças quanto aos critérios de imputação, aos procedimentos e às sanções apenas podem existir se não contrariarem os princípios e as garantias constitucionais impostas ao exercício do poder punitivo. No Brasil, o rol dos princípios comuns à repressão estatal tem sido ampliado pela doutrina, nas últimas décadas, embora ainda exista entendimento que limita a aplicação na esfera administrativa dos direitos referentes ao devido processo legal e à ampla defesa.

A análise das diferenças formais, apresentadas pela doutrina, demonstra que algumas não prevalecem em face dos princípios da CRFB/88 e outras, embora sejam compatíveis com essa Constituição, não são suficientes para garantir autonomia e independência entre as instâncias punitivas.

Assim, pode-se afirmar a incompatibilidade com a CRFB/88 do critério que propõe a distinção entre a esfera penal e a administrativa devido à exigência de dolo ou culpa para a caracterização das infrações penais e da dispensa desses elementos para consumação das infrações administrativas. O Poder Legislativo não possui discricionariedade para dispensar o dolo e a culpa em nenhuma esfera punitiva, tendo em vista a vinculação dessa exigência ao devido processo legal e à individualização da pena.

Da mesma forma, o critério segundo o qual o direito penal pune exclusivamente condutas humanas e o direito administrativo sancionador admite a punição de pessoas jurídicas é expressamente rejeitado pela CRFB/88, cujo art. 225, § 3º, estipula a punição de pessoas jurídicas por infrações ambientais.

Se antes da CRFB/88, o critério segundo o qual apenas o direito penal se submete à legalidade estrita poderia ser sustentado, o mesmo não se pode afirmar com sua

promulgação. Os poderes normativos da Administração Pública brasileira foram restringidos por essa Constituição ao submeter a atividade administrativa à legalidade (art. 37, caput), determinar que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II) e limitar a função regulamentar ao estabelecimento de condições para o fiel cumprimento das leis (art. 84. IV).

O principal critério, utilizado pela doutrina e jurisprudência brasileira para identificar as sanções administrativas, é a autoridade competente para sua imposição: autoridade no exercício da função administrativa. Segundo essa teoria, imposta por autoridade no exercício da função administrativa, o regime jurídico de imposição da sanção é diverso das penas impostas na via judicial, cuja função exercida é jurisdicional.

Esse critério, embora seja útil para identificar a sanção administrativa e o ilícito administrativo não garante autonomia das infrações e sanções administrativas em relação às penas, tendo em vista que a diferenciação entre as funções administrativa e jurisdicional é meramente procedimental e não de conteúdo. O poder punitivo não altera seu conteúdo por seu exercício ocorrer na via judicial (penal ou cível) ou administrativa.

O processo diferenciado para a imposição das sanções não decorre da autoridade competente para sua imposição, pois os processos podem ser diversificados na mesma instância.

Os critérios de diferenciação entre sanções penais e administrativas que consideram a autoexecutoriedade da sanção administrativa, a conversão da sanção penal em pena privativa de liberdade e a inscrição de antecedentes criminais no âmbito penal não se sustentam na ordem jurídica brasileira. As garantias constitucionais restringem os poderes normativos em relação à autoexecutoriedade e as normas legais impedem a conversão da sanção penal em pena privativa de liberdade e estabelecem cadastros com registros punitivos na esfera administrativa.

Quanto à natureza de suas sanções, com exceção da pena privativa de liberdade, as sanções aplicadas, na esfera administrativa geral, são da mesma natureza que as aplicadas na esfera penal. Contudo, o caráter de pena das sanções administrativas não se altera pela função exercida pela autoridade competente para sua imposição.

Quanto ao tipo de medidas restritivas caracterizadas como penas, a CRFB/88 impõe limitações ao Poder Legislativo quanto ao uso, na esfera administrativa geral, da pena privativa de liberdade e da dissolução de associações. O *status* de supralegalidade atribuído pelo STF aos tratados internacionais sobre direitos humanos impõe que seja respeitada a

limitação constante na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pela República Federativa do Brasil, de que a suspensão de direitos políticos seja imposta exclusivamente na esfera penal.

A autorização constitucional para a utilização da pena privativa de liberdade fora da esfera penal, ainda que de forma restrita, impossibilita a identificação dessa esfera com base na utilização dessa pena: não é possível defender ou justificar a diversidade dos regimes jurídicos penal e administrativo com base na maior gravidade dessa sanção. Se assim fosse, as garantias do Direito Penal estariam limitadas às hipóteses em que é aplicável a pena privativa de liberdade e não seriam válidas em relação à aplicação de outras modalidades de pena.

Os critérios materiais pressupõem a existência de aspecto extrajurídico (ou, ao menos, externo ao direito penal) que permita identificar os ilícitos penais com base na conduta, como fato natural ou como fato constitucionalmente determinado. Esses critérios têm por finalidade vincular o Poder Legislativo no estabelecimento de infrações penais e estabelecer critérios críticos do direito vigente.

Um dos primeiros critérios materiais desenvolvidos é que a conduta penalmente relevante constitui ilícito natural, devido a seu desvalor ético-social, enquanto o ilícito administrativo possui neutralidade ética em seu conteúdo, pois consiste em mera desobediência às determinações administrativas.

A dificuldade em determinar o conceito e o conteúdo do ilícito natural, devido à historicidade e à contingência do direito, levou à vinculação desse conceito ao momento histórico e à sociedade. Sob essa perspectiva, a infração penal é ético-socialmente relevante e a infração administrativa é ético-socialmente neutra, em determinado contexto social.

Esse critério é refutado com base em vários argumentos. Inicialmente, a análise da legislação positiva dos diversos países demonstra a discricionariedade legislativa quanto à tipificação de infrações penais e administrativas: o Poder Legislativo pode transformar crimes em infrações administrativas e vice-versa. Em segundo lugar, defende-se que o Poder Legislativo não tem competência para cominar penas, mesmo na esfera administrativa, sem que estejam em causa condutas socialmente relevantes, sob pena de se estabelecerem punições por situações irrelevantes.

O terceiro argumento contra essa tese é a inexistência do ilícito natural, isto é, de uma conduta juridicamente punível senão em virtude de sua proibição jurídica, pois não é possível a existência de condutas ilícitas sem que o Poder Legislativo lhe tenha atribuído sanção jurídica. Essa exigência decorre da necessária segurança jurídica, inerente ao Estado

de Direito, na determinação da esfera do juridicamente permitido.

Por fim, esse critério é rejeitado porque a identificação da esfera penal com base no grau de reprovação ético da conduta desconsidera a pluralidade de valores sociais e pressupõe que a ordem jurídica protege os valores sociais de todos os grupos sociais da mesma forma e com a mesma intensidade. Esse critério é, de certa forma, quantitativo, pois algumas condutas ofendem mais alguns valores eticamente mais aceitos que outras.

O critério segundo o qual direito administrativo sancionador cuida do bem estar social e o direito penal cuida da justiça também deve ser rejeitado, pois sobre ele recaem as mesmas críticas lançadas sobre o critério valorativo. De fato, segundo essa concepção, as infrações penais, por cominarem penas a condutas ético-socialmente reprováveis, a ilícitos em si, incorporam o direito penal de justiça e as infrações administrativas integram o direito penal do bem-estar social, que pune condutas nulas do ponto de vista ético e visa a promover o bem-estar social, que incumbe à Administração defender.

Pelos mesmos motivos, refuta-se o critério segundo o qual a esfera administrativa protege o dever colaboração que as pessoas têm para com a Administração, e a penal protege os interesses individuais. Como a imposição de penas, na esfera penal e na administrativa, implica a redução de direitos, não é possível admitir a constitucionalidade de normas jurídicas que reduzam a liberdade e a propriedade sem finalidade social. Os deveres de cooperação das pessoas com as finalidades objetivadas pelo Estado são impostos pela via penal e pela administrativa.

O critério segundo o qual a esfera penal se diferencia das demais esferas jurídicas devido à diversidade dos fins de suas sanções apenas é admitido para excluir do conceito de poder punitivo as medidas reparatórias e as cautelares.

O conceito analítico de crime também não diferencia materialmente a conduta punível na esfera penal de condutas puníveis em outras instâncias, uma vez que apenas descreve os elementos necessários à imposição da sanção penal, que nada dizem quanto ao conteúdo do injusto, embora a doutrina procure atribuir a seus elementos caracteres materiais para a identificação da conduta penalmente punível.

O conteúdo desses requisitos, na doutrina do Direito Administrativo Sancionador, deve estar em consonância com o Direito Constitucional, mas não há necessidade de que se lhes atribua os mesmos elementos exigidos na esfera penal. Os conceitos de ação, tipicidade e antijuridicidade podem ser desdobrados e o conteúdo que se lhes atribui o Direito Penal não são aplicáveis, automaticamente, ao Direito Administrativo Sancionador. Contudo, em relação

ao conceito e fundamentos desses requisitos não há aplicação exclusiva na esfera penal, pois caracterizam requisitos mínimos de imputação de penalidades em qualquer esfera punitiva.

Outro critério defendido, que não se sustenta na ordem jurídica constitucional brasileira, é que apenas o direito penal protege bens jurídicos. Refuta-se esse critério, pois a intervenção estatal, especialmente para limitar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados mediante imposição de pena, somente é legítima se protege bens jurídicos.

As críticas à tese de que a Administração Pública não protege bens jurídicos levou a doutrina a defender a existência dos bens jurídico-penais: bens jurídicos com especial qualificação, diversos dos bens jurídicos protegidos na esfera administrativa, que preexistem à norma que proíbe sua lesão.

Mesmo nesse caso, considerar que o bem jurídico tem acento constitucional e nos valores sociais não soluciona a questão de identificar as condutas que, ofendendo a esses bens, devam ser punidas pela esfera penal. A existência de bens jurídico-penais não implica a obrigatoriedade de que o Poder Legislativo utilize o sistema penal em relação a todas as condutas que os ofendem.

Assim, o conceito de bem jurídico é útil para limitar a incidência das normas penais, ao exigir a ofensa ou perigo ao bem jurídico, mas não para determinar o âmbito em que o direito penal deve atuar. A ofensividade ao bem jurídico caracteriza limite negativo ao Poder Legislativo quanto ao uso da esfera penal, pois apenas condutas que ofendem ou criam perigo concreto ao bem jurídico podem ser punidas nessa esfera. As condutas que geram perigo abstrato ou que, individualmente, não lesem bens jurídicos devem ser remetidas à esfera administrativa ou a outras esferas punitivas, pois esse critério foi expressamente adotado pela CRFB/88, em seu art. 98, I.

Contudo, esse critério não impõe a exclusiva tutela penal em relação às condutas ofensivas aos bens jurídicos, de forma que remanesce a discricionariedade legislativa quanto ao uso da esfera penal ou administrativa em relação às condutas ofensivas a bens jurídicos.

A limitação ao Poder Legislativo não se baseia apenas em prévias determinações quanto a condutas criminalizáveis, mas na submissão de todas as punições a limitações constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais.

Parte da doutrina defende que a diferença entre infrações e sanções penais e administrativas é meramente quantitativa e que as infrações e sanções mais graves da ordem jurídica devem ser destinadas à esfera penal, remanescendo à instância administrativa as infrações e sanções menos graves.

Esse critério se fundamenta na premissa de que as sanções do direito penal são as mais graves da ordem jurídica e, em face da proporcionalidade entre infração e sanção, devem ser utilizadas em razão de ofensas mais graves aos bens jurídicos tutelados. Assim, o direito penal assume função subsidiária em relação a outras formas de intervenção estatal.

Reconhece-se que a CRFB/88 não assegura o uso do direito penal sempre como *ultima ratio* da política criminal, devido à previsão, no art. 98, I, da CRFB/88 da existência de “infrações penais de menor potencial ofensivo”.

Propõe-se a restrição ao uso de determinados mecanismos, constitucionalmente atribuídos ao direito penal em relação às infrações de menor potencial ofensivo. A natureza simplificada do processo penal, em que são impostas as sanções cominadas a esses crimes, e a possibilidade de transação impossibilitam a utilização da pena privativa de liberdade, a quebra de sigilo de comunicações para fins de investigação penal e a possibilidade de adentrar em domicílio em casos de flagrante delito.

À esfera administrativa e à judicial não penal devem ser remetidas as leis punitivas excepcionais e temporárias, pois, nos termos constitucionais, mesmo situações relevantes e urgentes não admitem o uso do direito penal de forma instável e essa proibição não se dirige apenas ao Presidente da República, mas também ao Congresso Nacional.

O Poder Legislativo também se encontra limitado por expressas determinações constitucionais que impõem o uso da esfera penal em relação a determinadas condutas.

Excetuadas as restrições mencionadas, garante-se ao Poder Legislativo discricionariedade para utilização da esfera penal, cível ou administrativa.

A delimitação das esferas penal e administrativa com base na gravidade da sanção mostra-se falha, devido à existência de sanções mais graves na esfera administrativa, que demonstra que nem todas as sanções graves são impostas pela via penal. A subsidiariedade do direito penal deve levar a que sua aplicação afaste a incidência de outras instâncias punitivas que se mostram ineficientes ou insuficientes à tutela do bem jurídico em relação a determinada conduta.

Ainda que se possa, com base em normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa, não é possível, ontologicamente, diferenciar infrações e sanções penais e administrativas. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação, imposição e execução importam o exercício desse poder.

Da unidade do poder punitivo deriva a impossibilidade de reiteração punitiva nas

esferas penal e administrativa. Embora a maior parte da doutrina estrangeira fundamente-se na indiferenciação ontológica entre os ilícitos para defender a proibição de dupla punição; mesmo autores que não adotam essa teoria entendem que a proibição de dupla punição nas esferas penal e administrativa é direito fundamental.

Em sua vertente processual, o *ne bis in idem* objetiva garantir a segurança jurídica. De seu aspecto eminentemente processual, esse princípio evoluiu para a vertente material, por se entender que a vedação de duplo processo leva à impossibilidade da aplicação de dupla punição pelos mesmos fatos.

Na Espanha, a Constituição não prevê a aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, contudo o TCE, com fundamento nos princípios da legalidade, da proporcionalidade e no instituto da coisa julgada, impõe sua aplicabilidade nesses casos.

O *ne bis in idem* exclui a possibilidade de dupla punição e processo pelos mesmos fatos, mas não determina a norma aplicável em caso de dupla tipificação. Nas hipóteses em que o mesmo fato se encontra tipificado em normas penais e administrativas, o TCE definiu a prevalência da ordem penal sobre a administrativa. Os fundamentos dessa decisão são o instituto da coisa julgada, a submissão da Administração às decisões judiciais e as maiores garantias do processo penal.

Defende-se o caráter de direito fundamental do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira, embora a jurisprudência, a legislação e parte da doutrina não considerem esse princípio aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa, com base na teoria da autonomia e independência entre as instâncias.

Contudo, essa teoria se mostra incompatível com o modelo de Estado de Direito determinado pela CRFB/88, pois sua aplicação conduz à insegurança jurídica, devido à multiplicidade de esferas punitivas competentes para sancionar a mesma pessoa, pelo mesmo ilícito, além de desconsiderar a autoridade da coisa julgada.

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos constitucionalmente assegurados, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as esferas penal e administrativa. Portanto, com base no art. 5º, §2º, da CRFB/88, reconhece-se sua natureza de direito fundamental.

O mesmo dispositivo constitucional também determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com base nessa norma, reconhece-se a inserção no ordenamento jurídico nacional do *ne bis in idem* em razão de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro a determinação, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sejam sancionadas penal e administrativamente, pois esta norma é uma ordem ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente, no caso de infrações cometidas por meio de pessoas jurídicas. A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos: há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras, como infrações administrativas.

Como direito fundamental não expresso na CRFB/88, o *ne bis in idem* se impõe ao Poder Legislativo e ao aplicador da norma. No primeiro caso, sua efetivação tem por base as normas constitucionais que estabelecem a competência dos órgãos legislativos e, no segundo, será estabelecida por critérios que identificam e solucionam o concurso aparente de normas.

O Poder Legislativo está limitado pelo princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de excesso, motivo pelo qual lhe é vedado criar normas que afetem as garantias individuais de forma desproporcional. Essa desproporcionalidade ocorre se há tipificação dos mesmos fatos, com idênticos pressupostos de punição, em duas ou mais normas, sem que se reconheça, em qualquer delas, âmbito de incidência diferenciado, ainda que parcialmente coincidentes.

O modelo federal estabelecido pela CRFB/88 limita o Poder Legislativo em sua competência legislativa, limitações essas que efetivam o *ne bis in idem*, embora não derivem desse princípio.

A CRFB/88 atribui aos entes federados competências legislativas e competências materiais, que foram distribuídas de forma autônoma e desvinculada, portanto, a atribuição de competência legislativa a um ente não implica a competência material sobre os mesmos temas. A autonomia dos entes federados é limitada pelos termos e pela forma manifestada na Constituição, pois ultrapassada a esfera de competência legislativa atribuída ao ente, há inconstitucionalidade da norma expedida, por invasão da competência atribuída a outro ente.

A tipificação, pela União, de uma conduta como ilícito penal impede a tipificação

da mesma conduta, com idênticos pressupostos, como infração administrativa por todos os demais entes federados, mesmo em matéria que lhes seja atribuída de forma privativa.

Defende-se a prevalência da competência privativa da União em matéria penal, pois, sendo expressa, sobrepõe-se à competência sancionatória administrativa implicitamente atribuída aos demais entes federados. A prevalência da competência da União também se deve à constatação de que o conteúdo do Direito Penal deriva da atribuição da pena e da qualificação, pelo Congresso Nacional, do ato ilícito como crime ou contravenção.

O exercício de competência legislativa implícita para expedir normas sancionadoras administrativas somente é admitido se necessário à consecução das competências atribuídas na matéria principal. Contudo, a tipificação da conduta como ilícito penal pela União torna desnecessário o exercício dessa competência implícita.

Quanto à tipificação de infrações administrativas, em matérias de legislação concorrente, excluídos os ilícitos tipificados na esfera penal, a tradicional teoria, segundo a qual todos os entes possuem competência legislativa para tipificar ilícitos administrativos, deve ser revista.

Nesse âmbito, deve prevalecer a norma expedida de acordo com a competência constitucionalmente atribuída a cada centro de poder: se a infração administrativa encontra-se no âmbito das normas gerais, a prevalência é da norma nacional; se referente a questões específicas do tema, a tipificação incumbe aos Estados e Distrito Federal. Não se admite que a mesma infração possa ser tipificada como infração administrativa pela União e pelos Estados e Distrito Federal, uma vez que não é possível que a norma seja ao mesmo tempo geral e específica.

Caso a União não expeça as normas gerais que lhe compete, os Estados e o Distrito Federal têm competência para regular de forma plena a matéria. Essa competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal impede a existência de tipificação de infrações administrativas gerais por Decreto do Poder Executivo Federal sobre os temas referentes à legislação concorrente.

A competência municipal para tipificar infrações administrativas condiciona-se à presença do interesse local e é limitada pelas normas expedidas pela União e pelos Estados, pois as normas municipais não podem contrariar o que determinam as normas federais e estaduais. Não está de acordo com a CRFB/88 a teoria de que os Municípios, no exercício de sua competência, estão impedidos de aplicar a legislação federal e estadual.

A tipificação pelo Município de determinada infração administrativa, em temas

afetos a legislação concorrente, devido à natureza suplementar de sua competência legislativa, somente é admitida se, presente o interesse local, a mesma infração não houver sido tipificada pela União ou pelo Estado-membro em que se localiza.

Em relação à competência material, a tipificação de infrações administrativas somente pode ocorrer pelos entes aos quais a CRFB/88 atribuiu a competência legislativa. Não se reconhece competência legislativa implícita em razão da competência material, pois há competências materiais que foram atribuídas a entes federados que não dispõem de competência legislativa sobre o tema.

O exercício da competência comum pauta-se por normas expedidas, concorrente ou privativamente, pelo titular da competência legislativa, inclusive quanto à fiscalização, aplicação e execução de sanções administrativas.

Como comando dirigido ao aplicador da norma, o *ne bis in idem* será aplicado no caso de concurso aparente de normas. Embora esse princípio impeça a dupla punição pelos mesmos fatos, ele não oferece parâmetros para, diante das diversas normas concorrentes, estabelecer a norma aplicável e excluir as demais.

O concurso aparente de normas ocorre porque a delimitação da norma aplicável, com base na competência legislativa de cada ente, não impede a existência de normas administrativas válidas em relação a normas penais ou administrativas que regulam a mesma conduta de forma diversa.

O *ne bis in idem* é aplicado caso se reconheça a identidade de sujeito, fatos e fundamentos.

A identidade de sujeito deve ser analisada sob o prisma jurídico, pois existem situações que a pessoa natural atua sob distintos fundamentos ou títulos jurídicos, como nos casos em que a lei admite a sub-rogação subjetiva. No caso da imposição de sanções a pessoas naturais e jurídicas pelo mesmo fato, entende-se que não há identidade subjetiva se as sanções são suportadas, em última instância, por pessoas naturais diversas.

Em razão do princípio da individualização da pena, não se admite a imposição de responsabilidade punitiva subsidiária ou solidária. Se as sanções punitivas visam a reprimir condutas sociais indesejáveis, elas devem ser aplicadas exclusivamente à pessoa que atuou contrariamente à norma e, da mesma forma, a todos que atuaram contrariamente à norma. Também é contrário a esse princípio que a pessoa que não ofendeu a norma seja legalmente obrigada a responder subsidiariamente pela infração cometida por outrem.

A doutrina leciona que a identidade de fatos pode ser analisada sob o prisma

naturalístico ou sobre o prisma jurídico. Refuta-se o critério naturalístico tendo em vista que o Poder Legislativo pode atribuir a uma mesma conduta valorações jurídicas distintas. Neste caso, caracteriza-se o concurso formal de infrações, pois uma só conduta é causa de distintos ilícitos e, portanto, de duas ou mais sanções. Ademais, não existe critério seguro que possa caracterizar um conjunto de movimentos humanos como unidade ou pluralidade de condutas em sentido natural.

Dessa forma, a identificação da unidade de fatos deve ocorrer sob o prisma jurídico, pois essa caracterização não se desvincula da norma tipificadora. Apenas a unidade de conduta acrescida da mesma valoração típica caracteriza a unidade de fatos, portanto, o concurso aparente de normas. Como há apenas uma valoração sobre a mesma conduta, reconhece-se a existência de apenas um ilícito.

É a verificação das relações lógico-estruturais entre as normas ou da identidade de valorações jurídicas que recaem sobre uma conduta que possibilitam a identificação da unidade de fato. Essa identificação ocorre com a utilização dos critérios de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre as normas, que determinam a aplicação de apenas uma das normas concorrentes. Nesse sentido, a unidade de fato é resultado da aplicabilidade das regras que solucionam o concurso aparente de normas – e não seu pressuposto.

A unidade de fundamento é caracterizada pela relação jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção em razão do descumprimento dos mesmos deveres (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) caracteriza ofensa ao *ne bis in idem*.

A ordem jurídica, ao estabelecer direitos e obrigações vincula as pessoas por meio de relações jurídicas e o descumprimento dos deveres inseridos nessas relações pode ensejar a aplicação de penalidades. Defende-se que o Estado estabelece, com as pessoas submetidas a sua ordem jurídica, relações gerais e especiais.

As relações gerais são relações anônimas, que as pessoas mantêm entre si e com o Estado. O Estado, ao estabelecer os direitos e deveres inerentes a essa relação, determina obrigações às pessoas, cujo descumprimento pode lesar direitos individuais de outras e gerar, na esfera civil, o dever de reparação, ou, de acordo com a norma que estabelece a obrigação, a imposição de sanção penal, judicial não penal ou administrativa geral.

Nas relações especiais, as pessoas mantêm vínculo com o Estado do qual derivam direitos e deveres diferenciados daqueles garantidos e exigidos das pessoas em geral.

Contudo, os poderes da Administração, nessas relações, não são ilimitados, pois a lei deve determinar o conteúdo jurídico da relação e os limites de disponibilidade de direitos das partes envolvidas. Não há, portanto, relações especiais, na ordem jurídica brasileira, na ausência de norma legal que a preveja; motivo pelo qual o regime jurídico dessas relações não tem as mesmas características que lhe foram outorgadas no passado.

Caracterizam-se as relações especiais apenas se houver a previsão e determinação legal de sua existência e conteúdo, se seu conteúdo estiver relacionado à organização e gestão interna dos poderes públicos, ou delegação de atividades estatais, em relação aos quais a CRFB/88 garante discricionariedade administrativa, e se derivar ato jurídico que a institua entre determinada(s) pessoa(s) e a Administração. O descumprimento de obrigações estabelecidas em relações especiais desencadeia o poder punitivo disciplinar ou o político.

A caracterização da identidade de fundamento com base nas relações existentes entre as pessoas e o Estado/Administração não considera a autoridade competente para a imposição da sanção, mas tão somente se a sanção deriva do descumprimento de normas estabelecidas na mesma relação jurídica.

Ainda que seja possível a aplicação de uma sanção geral (penal, judicial não penal ou administrativa de polícia) e uma sanção disciplinar ou política ao mesmo sujeito pelo mesmo fato, não é possível aplicar mais de uma pena pelo descumprimento das mesmas obrigações estabelecidas em uma mesma relação jurídica. Contudo, se uma pessoa mantém diversas relações especiais com a Administração, ela pode ser punida pelo descumprimento de obrigações exigíveis em cada uma delas, sem ofensa ao *ne bis in idem*, pois a identidade de fundamento se caracteriza pela relação estabelecida e não pelo tipo de relação.

Há concurso aparente de normas se o mesmo conteúdo de ilícito é tipificado por duas ou mais normas. Nesse caso, para determinar a norma prevalecente e a(s) que deve(m) ser afastada(s), são utilizados os critérios de especialidade, alternatividade, consunção e subsidiariedade.

Esses critérios derivam da relação lógico-estrutural entre as normas que regulam os mesmos fatos ou da identidade de valoração jurídica constante em diversas normas que regulam esses fatos. Ausente um desses requisitos, caracteriza-se o concurso de infrações, ainda que haja unidade de ação.

A natureza lógica desses critérios e sua função, na resolução de concursos aparentes de normas, integram-nos ao conceito amplo de Direito Punitivo, motivo pelo qual sua aplicabilidade não é restrita ao direito penal. A aplicabilidade desses critérios, na relação

entre as esferas penal e administrativa geral ou na esfera administrativa, prescinde de norma que os estabeleça expressamente.

Reconhece-se a existência de hipóteses em que mais de um desses critérios são igualmente aplicáveis às normas em concurso. Embora haja divergências doutrinárias quanto à extensão e aplicabilidade de cada um deles, sua aplicabilidade é necessária à garantia de *ne bis in idem*, pois, diante da dupla tipificação do mesmo ilícito, a dupla consideração dos mesmos fatos para fins de punição – ainda que legalmente prevista – viola esse direito fundamental. Daí a essencialidade de aplicação desses critérios também na relação entre as instâncias.

No contexto da teoria da unidade do poder punitivo, o *ne bis in idem* adquire relevância não apenas em relação às punições e processos na esfera penal e na administrativa, isoladamente consideradas, mas nas relações entre essas esferas, pois o mesmo conteúdo de ilícito somente pode ser punido uma vez, independentemente da esfera em que a punição ocorre.

O concurso aparente entre normas penais e administrativas pode ocorrer em duas situações. A primeira consiste na tipificação, pela União, nas esferas penal e administrativa, do mesmo ilícito com idênticos pressupostos (alternatividade). A segunda situação é a existência de normas penais e administrativas que, embora não tenham idênticos pressupostos de incidência, podem incidir sobre os mesmos fatos, por existir, entre essas normas, relações de especialidade, consunção, subsidiariedade ou alternatividade.

Se a União tipifica o mesmo conteúdo de ilícito, com idênticos pressupostos, como ilícitos penais e administrativos, não há invalidade entre essas normas. Nesse caso, se as normas não são concomitantes, há a revogação da norma anterior pela norma posterior, portanto não há concurso aparente de normas.

No caso de concurso aparente entre normas penais e administrativas, deve prevalecer a esfera penal em relação à administrativa. Essa solução pode ser afastada pelo Congresso Nacional, que tem competência para determinar outros critérios de solução do concurso aparente de normas, inclusive, com a prevalência da esfera administrativa.

Ausente a previsão legal, é necessário que o critério adotado proporcione segurança jurídica na aplicação da norma, o que se entende que será alcançado com a prevalência da esfera penal. Os critérios existentes para solucionar o concurso aparente de normas penais, se aplicados na relação entre as esferas penal e administrativa, poderiam levar à usurpação da competência da União para legislar sobre direito penal e à aplicação do direito

penal de forma não uniforme no País, situações não agasalhadas pela CRFB/88.

O concurso aparente de normas administrativas pode derivar de normas administrativas de entes federados diversos ou de normas administrativas do mesmo ente federado. Nesses casos, além dos critérios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade, utilizados para identificar o concurso aparente de normas, o critério cronológico também deve ser utilizado para solucioná-lo.

REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho Penal Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1955.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVI, n. 1, p. 623-64, jan./jul. 2005.
- ANDRADE FILHO, Eduardo Oliveira. **Infrações e sanções tributárias**, São Paulo: Dialética, 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria da relação jurídica**, v. 1, Coimbra: Almedina, 1992.
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal ‘moderno’: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 68, p. 113-139, set./out. 2007.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Reflexos da decisão judicial penal na esfera administrativo-disciplinar. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte**, ano 04, n. 08, p. 69-81, jul./dez. 2011.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. O princípio da ofensividade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, ano XV, n. 55, p. 36-45, out./dez. 2011.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano 3, v. 9, p. 55-68, jul./set. 1969
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.
- BARROS, Marco Antonio de. O contra-senso que emana das sanções pecuniárias previstas na lei dos crimes de lavagem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 768, p. 457-465, out. 1999.
- BASTOS, João José Caldeira. Direito Penal: visão crítico-metodológica. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, ano XXI, v. 137, set/out. 2007. p. 209-231.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O poder de polícia fiscal**, Belo Horizonte:

Mandamentos, 2001.

BATISTA, Nilo. Pena pública e escravidão. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 51, n. 190, p. 211-251, jul./dez. 2006.

BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. **Revista da ordem dos advogados**. s./l, s/d. p. 39-59. Disponível em:
<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BelezaS.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BELO HORIZONTE. Município de. **Lei 9.319, de 19/01/2007**. Disponível em:
<<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso em: 25 out. 2012.

BERISTAN, Antonio. La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 19, n. 73, p. 227-252, jan./mar. 1982.

BEZDOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BLANCO, Federico A. Castillo; HUERTAS, Rosa María Ildelfonso. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. **Revista de Administración Pública**, núm. I 58. Mayo-agosto 2002. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 06 mar. 2012, p. 7-49.

BOCCANERA, Ney da Fantoura. O Direito Disciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano. 17, n. 67, jul.set. 1980, p. 283-296.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles. **Do domínio público – Do poder de polícia e suas manifestações**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1950.

_____. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

BRASIL, **Código Civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, **Código Criminal do Império, de 16/12/1830**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078, de 11/09/1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>; Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, Lei 5.869, de 11/01/1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 14 maio 2012.

BRASIL, **Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3689, de 3/10/1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, **Código de Trânsito Brasileiro**, Lei 9.503, de 23/09/1997. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, **Código Penal. Decreto-lei 2848, de 07/11/1940**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 18 fev. 2012.

BRASIL, **Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25/10/1966**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 18 fev. 2012.

BRASIL, **Consolidação das leis do trabalho, Decreto-Lei 5.452, de 01/05/1943**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24/02/1891.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05/10/1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10/11/1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25/03/1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 08 nov. 2011.

BRASIL, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pelo Decreto 678, de 6/11/1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BRASIL, **Decreto 01.102, de 21 de novembro de 1903**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1102.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

BRASIL, **Decreto 01.825, de 20/12/1907**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DPL/DPL1825.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

BRASIL, **Decreto 06.514, de 22/07/2008**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, **Decreto Imperial 4.835, de 1º/12/1871**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4835.htm>.

Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 0.025, de 30/11/1937**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 0431, de 18/05/1938**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0431.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 0466, de 04/06/1938**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0466.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 0739, de 24/09/1938**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0739.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 1.259, de 09/05/1939**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1259.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 3.855, de 21/11/1941**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3855.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei 4.014, de 13/01/1942**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4014.htm>. Acesso em: 29 ago.2012.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 08.069**, de 13 de julho de 1990.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 06.830, de 22/09/1980**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL, **Lei 07.343, de 24/07/1985**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

BRASIL, **Lei 08.112, de 11/12/90**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, **Lei 08.137, de 27/12/1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL, **Lei 08.429, de 22/06/1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 22 maio 2012.

BRASIL, **Lei 08.666, de 12/06/1993**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 nov.

2012.

BRASIL, **Lei 08.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 09.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 08 jan. 2012.

BRASIL, **Lei 09.250, de 26/12/1995**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9250compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL, **Lei 09.472, de 16 de julho de 1997**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 18 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 09.605, de 12/02/1998**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 09.613, de 03/03/1998**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2012.

BRASIL, **Lei 09.873, de 23/11/1999**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BRASIL, **Lei 10.028, de 19/10/2000**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10028.htm> Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL, **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 13 fev. 2012.

BRASIL, **Lei 10.233, de 05/06/2001**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012

BRASIL, **Lei 11.343, de 23/08/2006**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL, **Lei 12.529, de 30/11/2011**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BRASIL, **Lei Complementar 64, de 18/05/1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

Brasil, **Lei das Contravenções Penais**, Decreto-lei 3688, de 03/10/1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Brasil, **Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei 4.657, de 04/09/1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL, **Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei 3.914, de 09/12/1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL, **Lei Imperial de 1º/10/1828**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

BRASIL, STF, **ADI 2.396 MC/MS**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 26/09/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00605. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347577>>. Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, STF, **AI 710.266/PE**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 14/03/2011. Publicação: DJe-055 DIVULG 23/03/2011 PUBLIC 24/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28infra%20E7%20+adj2+administrativa+e+culpa%29%29+NAO+S%20EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL, STF, **HC 062.196/MG**. Relator(a): Min. Rafael Mayer. Julgamento: 26/02/1985 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 15-03-1985 PP-03137 EMENT VOL-01370-01 PP-00138. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=68131>>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **HC 080.263-0**, Rel. Min. Ilmar Galvão. Plenário. Julgado em 20.02.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78309>>. Acesso em: 11 maio 2012.

Brasil, STF, **HC 081.611 / DF**. Relator(a): Min. Sepúlvera Pertence. Julgamento: 10/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>>. Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, STF, **HC 084.965/MG**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 13/12/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 10-04-2012 PUBLIC 11-04-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1899767>>. Acesso em: 22 maio 2012.

- Brasil, STF, **HC 085.185/SP**. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 10/08/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- BRASIL, STF, **HC 088.757/DF**. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 06/09/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011. EMENT VOL-02590-02 PP-00200. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+p enal+posse+muni%E7%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 fev.2012.
- BRASIL, STF, **HC 090.779/PR**. Relator(a): Min. Carlos Britto. Julgamento: 17/06/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008. EMENT VOL-02338-02 PP-00244. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557283>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- BRASIL, STF, **HC 103.308/SP**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 16/11/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011 EMENT VOL-02469-01 PP-00089. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619472>>. Acesso em 21 maio 2012.
- BRASIL, STF, **HC 103.725/DF**. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 14/12/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1680338>>. Acesso em: 11 nov. 2012.
- BRASIL, STF, **HC 106.442 MC/MS**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 30/11/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619472>>. Acesso em: 21 maio 2012.
- BRASIL, STF, **HC 108.037/ES**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 29/11/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1676190>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- BRASIL, STF, **MS 021.029/DF**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 15/06/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 23-09-1994 PP-25326 EMENT VOL-01759-02 PP-00366. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85404>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- BRASIL, STF, **MS 021.293/DF**. Relator(a): Min. Octavio Galotti. Julgamento: 03/08/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 28-11-1997 PP-62221 EMENT VOL-01893-02 PP-00281. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85482>>

Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **MS 021.545/SP**. Relator(a): Min. Moreira Alves. Julgamento: 11/03/1993
Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02-04-1993 PP-05619 EMENT VOL-01698-05 PP-00971. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85545>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **MS 021.708/DF**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 09/11/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85592>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **MS 022.728/PR**. Relator(a): Min. Moreira Alves. Julgamento: 22/01/1998.
Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 13-11-1998 PP-00005 EMENT VOL-01931-01 PP-00150. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85824>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL, STF, **MS 023.188/RJ**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 28/11/2002
Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19-12-2002 PP-00071 EMENT VOL-02096-02 PP-00314. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85915>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **MS 023.625/DF**. Relator (a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 08/11/2001.
Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-03 PP-00488; Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85995>>,
Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL, STF, **MS 025.880/DF**. Relator (a): Min. Eros Grau. Julgamento: 07/02/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno: Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00022 EMENT VOL-02268-03 PP-00391 RT v. 96, n. 862, 2007, p. 136-140 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 202-209 RCJ v. 21, n. 133, 2007, p. 101-102. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409762>>.
Acesso em: 11 maio 2012.

BRASIL, STF, **RE 291.188 / RN**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 08/10/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 14-11-2002 PP-00033 EMENT VOL-02091-05 PP-01019. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260193>>.
Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, STF, **RE 313.060/SP**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 29/11/2005.
Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28munic%EDpio+e+interesse+e+local+e+compet%EAnCIA+e+privativa+e+Uni%E3o%29&base>

=baseAcordaos>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BRASIL, STF, **RE 349.703 / RS**. Relator(a): Min. Carlos Britto. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BRASIL, STF, **RE 430.105 QO/RJ**. - Relator(a): Min. Sepúlvera Pertence. Julgamento: 13/02/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL, STF, **RE 477.508 AgR / RS**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 03/05/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-092 DIVULG 16-05-2011 PUBLIC 17-05-2011 EMENT VOL-02523-01 PP-00141. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623043>>. Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, STF, **RE 590.015 AgR / RJ**. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 28/04/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-08 PP-01583 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 281-284. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594728>>. Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, STF, **RE 596.489 AgR / RS**. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 27/10/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01244 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 119-123. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606039>>. Acesso em: 24 maio 2012.

BRASIL, STF, **RE 614.164/ RN**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 14/12/2010. Publicação: DJe-251 DIVULG 03/01/2011 PUBLIC 01/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28infra%20%20E7%E3o+adj2+administrativa+e+culpa%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL, STF, Súmula dos STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 06 out. 2012.

BRASIL, STJ, **AgRg no Ag 1.251.348/ RJ**. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 18/05/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 25/05/2010 REVFOR vol. 409 p. 436. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902257900&dt_publicacao=25/05/2010>. Acesso em: 22 jan. 2012.

- BRASIL, STJ, **EDcl no REsp 845.001 / MG**. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 08/09/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 24/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200902257900&dt_publicacao=25/05/2010>. Acesso em: 22 jan. 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, **AC 2002.39.00.004716-3/PA**; Numeração Única: 0004712-37.2002.4.01.3900. Relator(a): Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu. Órgão: 3ª Turma Suplementar. Publicação: 20/04/2012 e-DJF1 P. 738. Data Decisão: 21/03/2012. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, **AC 2003.37.00.014824-2/MA**; Relator(a): Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo. Órgão Julgador: 5ª Turma Suplementar. Publicação: e-DJF1 p.534 de 30/06/2011. Data da Decisão: 21/06/2011. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, **REO 1998.01.00.002638-7/PA**; Relator(a): Juiz Tourinho Neto. Órgão Julgador: 3ª Turma. Publicação: DJ p.180 de 27/11/1998. Data da Decisão: 22/09/1998. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, **REO 2000.01.00.065938-0/MG**; Relator(a): Desembargador Federal João Batista Moreira. Convocado: Juíza Federal Maria Maura Martins Moraes Tayer. Órgão Julgador: 5ª Turma. Publicação: e-DJF1 p.462 de 29/10/2009. Data da Decisão: 30/09/2009. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2012
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Apelação Cível n. 97.04.12439-2/RS**. Relator(a): Maria de Fátima Freitas Labarrère. Órgão: 3ª Turma. Publicação: DJ 09/12/1998 PÁGINA: 798. Data da Decisão: 17/09/1998. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Teoria Pura e mínima do direito penal. **Ciência Jurídica ad litteras et verba**, Belo Horizonte, ano XXII, v. 143, p. 239-263, set./out. 2008.
- CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 06 mar. 2012.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal. Parte Geral. Questões fundamentais da Teoria Geral do Crime**, 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**, Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- CASTRO, José Soares de. Concurso aparente de normas. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, 4(1), p. 29-35, jan./jun. 1980.
- CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993.
- CERVEIRA, Fernanda Pessôa. Fundamentos do Poder administrativo sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa. 2005. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.
- COELHO, Maria Helena da Cruz. Interditos e infracções económicas em tempos de formação e Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, vol LXXVII, p. 33-56, jan. 2011.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 829, p. 429-449, nov. 2004a.
- _____. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 50, p. 237-279, set. out/2004b.
- CORDI, Lorenzo. O princípio do *ne bis in idem* na Europa. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, n. 01, v. 3, p. 81-129, jan./jun. 2008.
- CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de ne bis in idem em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, tomo I, p. 313-343, anuário 2007.
- CORREIA, Eduardo. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 51-310, jan. 1977.
- _____. Direito penal e direito da mera ordenação social. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. XLIX, p. 257-281, jan. 1973.
- COSTA, Wille Duarte. **Relação jurídica. Conceito e estrutura**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo do Brasil. v. IV - Poder de polícia**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1961.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 60, p. 09-35, maio./jun. 2006.
- DELLIS, Georges. **Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif**, Paris: L.G.D.J, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, vol. XLVIII, p. 107-144, jan. 1972.
- _____. **Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina pena e**

- sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978. Disponível em:
<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/>>. Acesso em: 26 abr. 2012
- ESPANHA, Código penal. Disponível em:
<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html>. Acesso em 21 dez. 2012.
- FARIA COSTA, José de. Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre Le droit criminel et Le droit administratif-pénal. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXII, p. 141-182, jan. 1986.
- FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, p. 46-94, nov./dez. 2007.
- FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FERREIRA, Pedro. O bem jurídico internacional protegido nos crimes contra a humanidade. **Direito e Cidadania**, Praia (Cabo Verde), ano VII, n. 23, p. 9-67, quadrimestral, 2005.
- FRANÇA, **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em:
<<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>, Acesso em: 18 jun. 2012.
- GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**, Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho. Derecho penal y proceso. Problemas Fundamentales del Derecho**. v. I. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. Bases e Perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano. 92, v. 816, p. 415-425, out. 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. O Estado, a liberdade e o Direito Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 255-266, 2002.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção mínima para um direito penal eficaz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 800, p. 479-499, jun. 2002.
- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensando a pesquisa jurídica**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**, 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 24-31, jan. 1945.
- ITÁLIA, **Lei 689, de 24/11/1981**. Disponível em:
<<http://www.comune.jesi.an.it/MV/leggi/1689-81.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2012.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JALVO, Belém Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero). **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 162, p. 175-188, set./dez. 2003. Disponível em:
<<http://www.cepc.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>>. Acesso em: 06 mar. 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**, 7. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 08, n. 29, p. 331-350, jan./mar. 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRELL, Andreas J. As competências administrativas do artigo 23 da CR, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de polícia”. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5 n. 20, p. 53-71, jul./ago. 2003.
- LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. A evolução da sanção penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 792, p. 477-500, out. 2011.
- LEAL, César Barros. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos direitos humanos dos presos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n. 48 (185), p. 87-102, jan./jun. 1995.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes. A teoria dos valores constitucionais e a**

- indicação do conteúdo material dos tipos penais.** 1999. 877 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.
- LOZANO, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 121, p. 393-414, jan./abr. 1990. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=119&IDA=23684>>. Acesso em 09 nov. 2011.
- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.
- MARQUESI, Roberto Wagner. A vida em sociedade e os bens jurídicos. FADAP – **Revista Jurídica. Faculdade de Direito da Alta Paulista**, Tupã, v. 2, n. 1, p. 1-22, 1999.
- MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed. São Paulo, Editora Max Limonadi, 19--.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Infrações administrativas ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei n. 3.467/00. **Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 20, v. 9, p. 339-265, jan./jul. 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- _____. **Direito Administrativo Brasileiro**, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 05/10/1988**, São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. v. III. 2. ed, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950.
- _____. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. Tomo I. Rio de Janeiro: Metropole Editora, 1938.
- MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. **Diké. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC – Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus**, ano V, p. 59-79, jan./dez. 2003.
- MINAS GERAIS, **Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 15/06/1891**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1891&comp=&ano=1891>>. Acesso em: 15 jan. 2012.
- MINAS GERAIS, **Lei 961, de 10/09/1927**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=961&comp=&ano=1927>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

- MOLINÉ, José Cid, Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 140, p. 131-172, mai./ago. 1996. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito Civil**, 4. ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra, 2005.
- NAVARRETE, Miguel Polaino Derecho penal y derecho sancionador en el ordenamiento jurídico español. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n. 94, p. 263-295, abr./jun. 1987.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**, 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e sanções do direito penal. **Revista CEJ/RN**: Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte, Natal, n. 6, v. 5, p. 191-224, dez. 1999.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero. La autotutela, los limites al poder sancionador de la Administración Publica y los principios inspiradores del Derecho Penal. *Revista de Administración Pública*, Núm. 126. Septiembre-diciembre 1991, p. 253-293. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 18 ago. 2012.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**, 5. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa, de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- PORTUGAL, **Constituição Portuguesa de 23/09/1822**. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/const822.html>>. Acesso em: 14 out. 2011.
- PORTUGAL, **Decreto-Lei 433, de 27/10/1982**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis>. Acesso em: 12 abr. 2012.
- PORTUGAL, **Ordenações Filipinas**. Disponível em:

<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 14 out. 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**, Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Publicação oficial do IBCCrim. Editora RT. São Paulo. ano 11, n. 45: 224-244. out-dez 2003.

REALE JÚNIOR, MIGUEL. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-100.

RIBEIRO, Jorge Severiano. Dos crimes e das infrações no direito do trabalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 774, p. 731-770, abr. 2000.

RIO DE JANEIRO, Estado do. **Lei 3.467, de 14/09/2000**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contLei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/f6e323ae55f376bf03256960006a0dde?OpenDocument>>. Acesso em: 11 maio 2012.

RIO DE JANEIRO, Município de. **Lei 2.989, de 13/01/2000**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/showinglaw.pl>>. Acesso em: 11 maio 2012.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Conflito aparente de normas penais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Separata. Belo Horizonte, p. 81-115, out. /1966.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O Estado Democrático de Direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. **Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP**, Jacarezinho, n. 10, p. 69-102, jan./jun. 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A expansão do direito penal. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. da 2. ed. espanhola por Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, jan. 2005.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7. ed. Atualizada por Gustavo Binbenbojm, Rio de Janeiro: Editora

- Forense, 2006.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A “polícia” e as funções do Estado – notas sobre a “polícia no Antigo Regime”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 73-87, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao non bis in idem e violação à proibição de excesso. **Revista Ciência Jurídica ad litteras et verra**, Belo Horizonte, ano XXII, v. 141, p. 289-300, mai./jun. de 2008.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. A responsabilidade pelas infrações tributárias. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano VIII, n. 39, p. 279-297, set./out. 2006.
- _____. O princípio ne bis in idem e sua vertente substancial na repressão ao ilícito fiscal. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul./ago. 2007.
- SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**, Madrid: Iustel, 2008.
- SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXIII, p. 615-637, jan. 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TAVARES NETO, José Querino; kozicki, Katya. Do “eu” para o “outro”: a alteridade como pressuposto para uma (re)significação dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade do Paraná**, Curitiba, n. 47, p. 65-80, 2008.
- TAVARES, Juarez E. X. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 01, p. 89-123, jan./jun. 2009.
- TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. **El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador**. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2012.
- VASCONCELOS, Francisco Pavon. **Concurso aparente de normas**. Puebla: Cajica, 1975.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público direito privado sob o prisma das relações jurídicas**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A

- onda punitiva]**, Trad. Sérgio Lamarão, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. v. I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. v. 1**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. Sujeição especial e regime jurídico da função pública no Estado de direito democrático e social. In: BAUTISTA CELY, Martha Lucía; SILVEIRA, Raquel Dias da (Coord.). **Direito disciplinário internacional: estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública**. Belo Horizonte, Fórum, 2011, v. 1, t. I, p. 271-283.