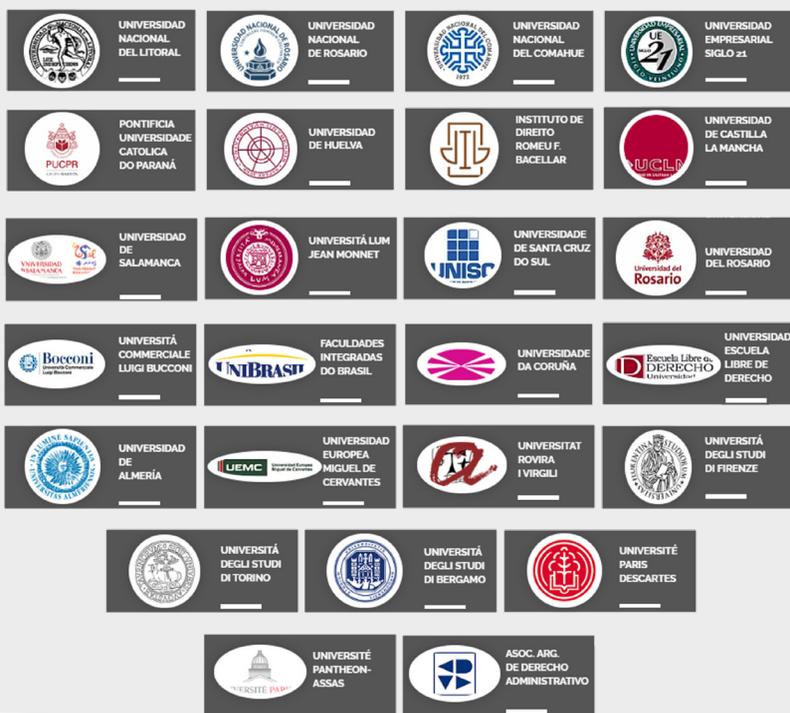


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2021 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Ne bis in idem versus independência entre as instâncias: conflito real ou putativo?

Ne bis in idem versus independence between instances: real or putative conflict?

ALICE SILVEIRA DE MEDEIROS ^{1,*}

¹ Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil)

silveira.alice@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9347-9844>

Recibido el/Received: 16.10.2021 / October 16th, 2021

Aprobado el/Approved: 19.12.2021 / December 19th, 2021

RESUMO:

No centro da discussão sobre a viabilidade – ou não – de cumulação de imputações e sanções pelos mesmos fatos se encontra o chamado princípio da independência entre as instâncias. Analisa-se alguns dos eventos que circundaram a consagração de tal princípio; e, em vista do conteúdo e das implicações do que se convencionou chamar *ne bis in idem*, verifica-se acerca da (in)compatibilidade desses dois institutos e, então, propõem-se uma possível interpretação a partir da lei da colisão desenvolvida por Robert Alexy.

Palavras-chave: direito do estado; poder; controle; independência de instâncias; *ne bis in idem*.

ABSTRACT:

At the center of the discussion about the viability – or not – of the accumulation of punishments and sanctions by the same facts is found the called principle of independence between the instances. One analyses some of the events that are related to the consecration of such principle; and, because of the content and of the implications of what has been agreed to be called *ne bis in idem*, it is verified that there is an incompatibility between these two institutes so, therefore, it is proposed that there should be a possible interpretation beginning from the collision law proposed by Robert Alexy.

Keywords: public law; power; control; independence of instances; *ne bis in idem*.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* MEDEIROS, Alice Silveira de. *Ne bis in idem* versus independência entre as instâncias: conflito real ou putativo? **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 123-155, jul./dic. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i2.10670.

* Mestra em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-graduada em Contratações Públicas pela Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Especialista em Licitações e Contratos Públicos com Tópicos Especiais em Direito das Concessões pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Brasil). Atualmente é Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB/PR. Advogada. E-mail: silveira.alice@hotmail.com.



SUMÁRIO:

1. Apontamentos acerca dos campos de responsabilidade; **2.** O sentido do termo *independência, a vedação ao bis in idem e o exemplo espanhol*; **3.** Uma solução possível pela teoria da colisão de Robert Alexy; **4.** Considerações finais. Referências.

1. APONTAMENTOS ACERCA DOS CAMPOS DE RESPONSABILIDADE

É prevalente na doutrina e na jurisprudência brasileiras o entendimento de que um princípio de independência entre as instâncias acobertaria o exercício do poder repressivo detido Estado, nos variados campos de responsabilidade em que se manifesta. Daí decorre, dentre outras coisas, a possibilidade de que agentes públicos tomem decisões diferentes em vista dos mesmos fatos; e de que alguém seja absolvido por um juiz e condenado por outro, em razão de um mesmo ato.

Isso pode acontecer em diversos âmbitos do direito, mas em casos de improbidade administrativa essa independência acaba gerando maior perplexidade, por conta de certas implicações concretas. É difícil explicar, senão juridicamente, que o Estado possa, sendo ele um só – tal como o poder que emprega para solucionar os conflitos –, dar soluções opostas a processos que possuem base fática idêntica; e aplicar, por vias separadas (independentes), sanções equivalentes. Mas, mesmo juridicamente, pensar essa realidade, a partir dessas premissas, gera desconforto.

De fato, pode-se dizer, seguramente, que a Constituição da República de 1988 distingue sanções, como que por espécies, em linha com uma tradicional divisão do direito em ramos (penal, civil, administrativo) – o § 3º¹, do art. 225, é um exemplo disso –, mas que as correlatas instâncias incumbidas da aplicação não devam se comunicar, ou se comunicar na menor medida possível, isso, ela não afirma. Pelo menos, não, literalmente.

O Código Civil de 1916² já previa que a responsabilidade civil era independente da criminal (art. 1.525³). No entanto, foi depois da Constituição de 1988 que uma gama de

¹ “§ 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”.

² O Código Penal de 1890 previa no art. 31, “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil”, mas essa disposição não foi reproduzida no Código de 1940, nem na reforma de 1984; e acabou migrando para o Código Civil de 1916.

³ Estabelecendo, nada obstante, como exceção, a hipótese de ser negada a existência do fato ou quem seja o seu autor, pelo juízo criminal. Por sinal, esta é, ainda hoje, uma das únicas hipóteses de comunicabilidade da decisão criminal (conforme o disposto no art. 935, do Código Civil de 2002; e no art. 126, da Lei nº 8.112/1990). Para além dela, apenas se tem a previsão do art. 65, do Código de Processo Penal, no sentido de que: “[f]az 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”; mas a previsão contida no subseqüente art. 66 (já em vigor quando da promulgação da Constituição de 1988), é a seguinte:



leis de conteúdo sancionador, que se repetem em termos de qualificação das condutas proibidas e das sanções incidentes – e afirmam, direta ou indiretamente, essa independência –, começou a ser editada⁴.

O dispositivo que costuma ser invocado para respaldar a tese de que existe um fundamento constitucional para isso é o § 4º, do art. 37; e o que ele estabelece é o seguinte: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Daí, então, questiona-se: é isso o que esse “*sem prejuízo da ação penal cabível*” significa? Que a todo ato de improbidade corresponderá um crime? Que se deve replicar as tipificações? Que não tem problema, inclusive, repetir as sanções aplicáveis?

Mais importante do que tentar identificar qual teria sido a vontade do legislador constituinte, parece ser analisar as construções dogmáticas que cercam os institutos e o grau de compatibilidade que guardam com os postulados do sistema jurídico em foco, mas, neste caso, é interessante lembrar que, durante o processo constituinte, o dispositivo em questão sofreu uma alteração. Até um certo momento a redação era “*sem prejuízo da ação penal correspondente*”. A justificativa para substituir por “*cabível*” foi, precisamente, a de que o “*correspondente*” levava a pensar isso; e não era para ser assim⁵.

Nada obstante, na prática, os casos que atraem a incidência da Lei da Improbidade Administrativa posta em vigor em 1992 (Lei nº 8.429/1992) podem, também, ensejar a aplicação das penas e sanções previstas, por exemplo – apenas para citar alguns –, no Título XI, do Código Penal, que versa sobre os crimes contra a Administração Pública; no Capítulo II-B, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, recém promulgada para substituir a Lei nº 8.666/1993), que tipifica os crimes em licitações e contratos administrativos; nos diplomas que dispõem sobre os crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-lei nº 201/1967, dentro outros); além

“[n]ão obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁴ É o caso, por exemplo, da própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e de muitos Estatutos de Servidores Públicos, destacando-se a Lei nº 8.112/1990 (que dispõe sobre o regime dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) e a Constituição do Estado de São Paulo, porque úteis ao presente estudo.

⁵ Até a Emenda nº 00559, discutida em Plenário pela Comissão de Sistematização, em 1º Turno, é que a redação dessa parte final do dispositivo – que nessa altura era o 44, § 3º, – era “*sem prejuízo da ação penal correspondente*”. E o parecer da Emenda nº 00559, que antecedeu a Emenda nº 02039, por meio da qual a mudança se deu, diz o seguinte, textualmente: “[n]a verdade, nem todo ato de improbidade é considerado crime, razão pela qual as questões específicas devam ser disciplinadas pela legislação ordinária. O elenco de punições previstas no texto são (sic) suficientemente rigorosas, sua forma e gradação basicamente, foram remetidos à lei” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2018. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/35539>>. Acesso 15 ago. 2021).



de poderem se amoldar às previsões da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013);⁶ dos Estatutos de Servidores Públicos (Lei nº 8.112/1990, no caso dos servidores da União, autarquias e fundações públicas federais); das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas (Lei nº 8.443/1992, no caso do Tribunal de Contas da União); e, ainda, de outras leis e regulamentos setoriais.

E, apesar dessa coincidência de tipificações, o art. 12, da LIA, antes de definir a quais cominações está sujeito o responsável por um ato de improbidade⁷, ressalva, expressamente, no *caput*, que elas se aplicam, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

A Lei nº 8.112/1990, por sua vez, estatui no art. 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Se esse diploma tivesse partido de uma formulação que levasse a que essas sanções não se confundissem, no plano concreto, poder-se-ia dizer que ele respeita uma diretriz de independência entre instâncias que não, necessariamente, conduziria à sobreposição⁸, mas não é o que acontece, em regra.

Ainda, neste ponto, é ilustrativa a previsão contida no art. 136, da Constituição do Estado de São Paulo, no sentido de que “[o] servidor público demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado ao serviço público, com todos os direitos adquiridos”.

Um ato capaz de dar causa à demissão de um servidor poderia não ensejar, obrigatoriamente, a propositura de uma ação; e, nesse caso, a instância administrativa teria autonomia para solucionar a questão⁹. Agora, mirando em um ato passível de demissão que também pudesse ensejar a instauração de um processo judicial, o qual, da mesma forma, poderia resultar na demissão do servidor, não é de se descartar que o legislador tenha – mesmo – pretendido estender os efeitos da decisão absolutória à esfera administrativa, por razões de coerência. Uma tentativa de evitar que um mesmo Estado, por diferentes agentes, manifeste posições antagônicas, a princípio, não é contrária aos ditames constitucionais. Todavia, o entendimento doutrinário predominante, nessa matéria, pauta-se mais por outras preocupações.

⁶ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018.

⁷ As quais incluem, com gradação variada, para além daquelas previstas na Constituição, (i) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) o pagamento de multa civil em percentual a ser calculado sobre o valor desse acréscimo; e (iii) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, na forma dos incisos I, II, III e IV.

⁸ Tal como acontece na hipótese do § 3º, do art. 225, da CR, aqui, também, a distinção entre as sanções parece estar colocada como um pressuposto da independência.

⁹ Por não ter satisfeito os requisitos do estágio probatório, por exemplo.



Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, sustenta que o dispositivo legal em questão deve ser interpretado à luz do artigo 935, do Código Civil e do artigo 65, do Código de Processo Penal, de modo que a decisão judicial apenas repercutiria na via administrativa nessas hipóteses, “pois, a aceitar-se outra interpretação, estar-se-ia pondo fim à independência entre as instâncias penal e administrativa, com manifesta ofensa ao princípio da separação dos poderes”¹⁰.

Fábio Medina Osório se alinha ao entendimento de que a independência entre as instâncias se associa ao princípio da separação dos poderes – consagrado no art. 2º, da Constituição da República –, diz que ela ostenta normatividade constitucional e reputa se tratar de um princípio basilar do direito punitivo. Sustenta, porém, que, além de gerar uma grave insegurança jurídica, a existência de múltiplos órgãos dotados de competências semelhantes ou análogas fragiliza direitos fundamentais; e, portanto que “o fenômeno da inter-relação entre as instâncias deveria demandar o enfrentamento de questões prejudiciais ou mesmo fáticas de forma absolutamente harmônica e coerente”¹¹; e que “[a]os Poderes, órgãos e entes com esferas de abrangência comum como interdependentes, é recomendado profícua coordenação ou cooperação institucional”¹². A despeito disso, porque cabível, paralelamente, em tese, uma ação penal para castigar atos ímprobos descritos na Lei de Improbidade Administrativa, o autor entende que, nesse âmbito, “tem-se um tratamento normativo que opta pela independência entre as instâncias de modo singular”¹³, de modo que, na visão dele, essa lógica de inter-relação entre instâncias não seria extensível aos casos de improbidade.

Também há autores que, de certa forma, tomam essa propugnada independência como um dado posto, isto é, sem relacioná-la com qualquer construção dogmática. Apesar de dedicar um tópico específico ao tema na obra em que comenta a Lei de Improbidade, Marino Pazzaglini Filho, por exemplo, apenas afirma que “[a]s instâncias civil e penal são autônomas”¹⁴, mencionando, depois, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Marcelo Figueiredo, na mesma linha, diz que “[s]ão três as esferas ou jurisdições passíveis de responsabilidade: a administrativa, a civil e a penal”, que atuam, “em

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 617. Esta permanece sendo a posição da autora, conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 781.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112, p. 96.

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112, p. 96.

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 341.

¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 149.



princípio, com relativa independência”¹⁵. E esse “relativa” se liga somente à menção que ele faz das hipóteses de absolvição criminal por negativa do fato ou da autoria.

Por outro lado, pensando na pena (criminal) e na sanção administrativa, Daniel Ferreira¹⁶ apenas diz não enxergar qualquer proibição para a cumulação de consequências restritivas de direito, seja na Constituição ou na lei. Em sentido consonante – e, precisamente, com base na previsão contida art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição –, Waldo Fazzio Júnior aponta que as sanções decorrentes da LIA são cumuláveis com outras “sanções penais decorrentes de processo por delitos correlatos e, inclusive, sanções de natureza administrativa”¹⁷, sendo que, depois de afirmar que “[n]ão é de hoje que o ordenamento jurídico consagra a independência entre as esferas administrativa, cível e penal”, ele se posiciona no sentido de que, por conta disso:

“mesmo que a ação de improbidade tenha por fundamento fatos idênticos aos já analisados em outras instâncias não há que se falar em bis in idem, nem tampouco na indevida intromissão do Judiciário na esfera de atribuições privativas do administrador, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias”¹⁸.

Ainda, com foco nos estatutos funcionais e mencionando, diretamente, a Lei Federal nº 8.112/1990, Wallace Paiva Martins Júnior sustenta que a LIA não os revogou, “no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à probidade administrativa”¹⁹ – justo –, porque “[s]ão esferas distintas e independentes de repressão”²⁰. E, por isto, segundo ele, “[a]s hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal”²¹.

Agora, já de uma outra perspectiva – aparentemente, mais refletida e crítica –, José Roberto de Oliveira Pimenta e Dinorá Adelaide Musetti Grotti vêm trabalhando os atos de improbidade (dentro de uma categoria denominada *Direito Administrativo Sancionador da Improbidade*), a partir de um conceito de “sistema de responsabilidade”, que corresponde, segundo eles, a um “conjunto de normas jurídicas que delineiam, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências

¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

¹⁶ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 501-502.

¹⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 501-502.

¹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

²¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.



jurídicas contra o sujeito infrator e/ou responsável”²²; e leva em consideração, para tanto, “a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou interesses públicos constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa”²³. Para esses autores, por se tratar de um sistema e de uma espécie de subconjunto normativo, esse conjunto deve estabelecer plexos de coerência e unidade, em vista da finalidade a que se destina, além de uma “prévia conformação às injunções principiológicas superiores – materiais e formais – contidas na Constituição”²⁴.

Ademais, depois de situaram as infrações e sanções administrativa, especificamente, dentro de um *sistema de responsabilização administrativa*, os autores sustentam que o conceito mais amplo de *sistema de responsabilização* – que se encaixa em um outro, qual seja, o de *política pública de conformidade de condutas* –, “consegue albergar todos os institutos que sistematicamente devem ou podem ser utilizados pelo Estado na busca de efetividade do Direito”²⁵. Então, dizem não ser possível defender que haja livre escolha legislativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, “inclusive para o fim de legitimar situação de substituição completa da necessária intervenção penal por regime jurídico-administrativo sancionador em certas situações (hipóteses indevidas de descriminalização absoluta)”; e que “[o] contrário igualmente é válido”²⁶.

Em conformidade com essas ideias, coloca-se, também, a irrisignação de Maíra Rocha Machado, em face do que ela chama de *departamentalização do saber jurídico*, ao perceber que o desenvolvimento de pesquisas voltadas a compreender os

²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

²³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

²⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105. Em sentido aproximado e considerando “a atual afluência, derivada da criação de ilícitos administrativos e penais praticamente idênticos, acarreta sobreposição normativa, conflitos na aplicação do direito e, especialmente, consternação e perda de autoridade, em razão de o destinatário ter margem de segurança jurídica bastante reduzida”, Helena Regina Lobo da Costa sustenta a necessidade de implementação de uma política sancionadora integrada. Segundo ela, “a própria ideia de subsidiariedade exige a formação de uma atuação refletida, conjugada e coordenada entre direito penal e direito administrativo” (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 124).

²⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

²⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 106.



procedimentos de responsabilização alocados nas diferentes esferas do direito e o modo como se articulam, sobrepoem-se e se complementam, é prejudicada por uma “rígida fragmentação da produção de conhecimento em áreas jurídicas”²⁷.

A autora não vê a incidência de múltiplos programas sancionatórios como algo, necessariamente, problemático, mas observa que o quadro de possibilidades de interação desses diferentes programas é determinado pelo significado que se atribui a dois de seus componentes: a “independência entre as esferas” e o *ne bis in idem* (“não duas vezes o mesmo”)²⁸. Em vista disso, aponta para a necessidade de que a tradicional organização do direito em áreas jurídicas seja afastada, para se pensar os arranjos normativos que se formam no interior delas, no contexto do que convencionamos chamar de “programas-jurídicos sancionatórios”²⁹, já que, dentre outras coisas, “[t]anto o reconhecimento da violação quanto a imposição de consequências dependem da decisão de uma autoridade competente em um procedimento também regulado pelo direito”³⁰.

Por sinal, poder-se-ia acrescentar que se não trata de um procedimento regido por um direito qualquer, genérico ou atemporal. Diversamente, trata-se de um procedimento cuja legitimidade depende de um fino alinhamento com os valores axiológico-normativos incorporados à Constituição, todos atrelados àquele que é princípio reitor

²⁷ MACHADO, Maíra Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir et al (Org.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: Ipea, 2013, p. 177-200. Neste ponto, vale mencionar algumas das colocações que Enrique R. Aftalión faz, logo depois de se posicionar no sentido de ser inconveniente proclamar no campo da ciência jurídica princípios absolutos e soluções definitivas, uma vez que ela versa sobre objetos de cultura; e de dizer que “el conocimiento de lo cultural no se cierra en ningún momento, sino que más se afina y aumenta, mejor se *comprende*, cuantas más veces el espíritu vaya dialécticamente del sustrato del objeto cultural hacia su sentido y vice-versa”. Ele menciona exemplos do que chama de pseudoproblemas decorrentes da autonomia que se atribui a certos setores do saber jurídico e, então, afirma que “todo depende del alcance que se asigne a la palabra *autonomía*. Si sólo se significa con ella la conveniencia de su independización docente, con fines didácticos, nada hay que objetarle. Pero no estimo correcto hablar de nuevas *ciencias*, de *autónomas ramas del saber*, cada vez que encontremos criterios contingentes para efectuar nuevas parcelaciones sistemáticas de los datos dogmáticos de un ordenamiento jurídico. Por esta vía, nos es difícil llegar a una atomización rayana en lo absurdo” (AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho Penal Administrativo**. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 3-5).

²⁸ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

²⁹ Com essa expressão, ela procura descrever, tal como afirma, “os arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do direito e que estabelecem, ao menos, *normas de comportamento* (as proibições), *normas de sanção* (as consequências) e *normas de processo* (quem e como pode afirmar que a proibição foi violada e impor uma consequência)”. Entende que, “ao se adotar como lente de leitura um dado ‘programa jurídico sancionatório’, e não uma área do direito, evita-se projetar sobre um determinado conjunto de normas as características atribuídas à área do direito (se é norma penal, é mais grave, justamente por ser penal), bem como se favorece uma observação mais fina e acurada do conteúdo das normas estudadas – a improbidade “é administrativa”, mas o procedimento se dá perante o juízo “civil” e, observando bem, há normas do Código de Processo Penal que devem ser acionadas em determinadas situações, como nos casos de depoimentos do alto escalão do Executivo, membros do Judiciário e do Legislativo” (MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 260-261).

³⁰ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 260.



do sistema jurídico: a pessoa³¹. E, efetivamente, a depender da dimensão que essa independência alcance, a resposta para o que, exatamente, não pode ser repetido, muda (se a tipificação, o processo e/ou a sanção). Para dizer se essa proibição de cumulação se restringe ao programa sancionatório penal ou se abrange os demais programas instituídos em torno dos mesmos atos ilícitos, a mesma variável impacta.

Acontece que a determinação desse alcance depende de que, antes, a própria razão de ser de um qualquer montante de independência – nesse sentido de uma quase completa incomunicabilidade – seja constitucionalmente justificado. Primeiro, porque que nenhuma potestade sancionadora é autorreferente ou possui justificação natural. Depois, porque a aplicação de sanções de diferentes ordens, quando for o caso – como exige a Constituição –, não ficaria, *prima facie*, inviabilizada com a adoção de uma técnica de coordenação das instâncias competentes, voltada à concretização do *ne bis in idem* e da satisfação de outros direitos e garantias constitucionais individuais. A sobreposição de sanções idênticas e predispostas ao atendimento das mesmas finalidades é que, possivelmente, sim. Logo, a defesa de um tipo de independência entre instâncias que inviabiliza o avanço nessa direção – dificultando, por conseguinte, a concretização do *ne bis in idem* – não poderia aparecer na forma de uma resposta pronta. Ao contrário, antes de tudo, a sua origem e a legitimidade de sua permanência no ordenamento, precisariam ser explicadas, com alguma densidade.

Porém, diferente do que se tem com relação ao *ne bis in idem* – previsto, inclusive, em convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu e,³² com isso, incorporado ao ordenamento como direito fundamental³³ –, a análise da chamada “independência en-

³¹ Ingo Wolfgang Sarlet aponta, neste sentido, que o nosso constitucionalismo, caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissório, elevou a “dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito”, sendo que, a despeito desse conteúdo compromissório, a Constituição “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Segundo o mesmo autor, “assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional”. Por outro lado, aponta que “[t]al função da dignidade da pessoa humana, contudo (critério material de legitimidade da ordem constitucional) já decorre de sua condição de princípio fundamental na sua dimensão objetiva, que, embora também opere como referencial para os direitos e garantias fundamentais, com esses não necessariamente se confunde” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 95-97).

³² Sobre os impactos da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Sancionador, ver: HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 589-610, jul./dez. 2015; RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

³³ No ano de 1992, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (conforme Decreto nº 592/1992) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1922). Ambos consagram a vedação



tre as instâncias” não conta com o suporte de uma vasta elaboração dogmática, como, de plano, observa Maíra Rocha Machado³⁴. No contexto brasileiro, segundo a autora, a consolidação dessa máxima – se assim se pode chamar – resultou, basicamente, de um duplo movimento: “o processo de diferenciação entre as esferas civil e penal no final do século XIX e início do século XX e, mais recentemente, a expansão do direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, das hipóteses de incidência simultânea ao direito penal”³⁵.

Parece haver um problema com isso. E é necessário procurar explicações até para se descartar, se for o caso, a hipótese de que essa máxima esteja sendo – ou possa ser – empregada como mero argumento de autoridade, contra direitos fundamentais. Porque, afinal, apenas como o produto acabado de um duplo movimento, em si, inacabado, não parece ser possível admitir que ela seja tomada como possuidora de uma base de sustentação consistente.

É certo, para além disto, que independência é um termo polissêmico; e, como tal, maleável. Mas há uma linha de sentido específica – bem, por isto, aliás, de importância singular – a balizar a sua significação e a de quaisquer outros vocábulos semelhantes: aquela que emana da Constituição de 1988. E, portanto, deve-se tomar como principal ponto de partida a premissa de que o denominado princípio da independência entre as instâncias não deveria ser assimilado, simplesmente, como um dado posto ou como um derivante aleatório da separação de poderes – nem, muito menos, dever-se-ia tolerar qualquer fragilização a direitos, com base nisso –, sem maiores indagações.

2. O SENTIDO DO TERMO INDEPENDÊNCIA, A VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM E O EXEMPLO ESPANHOL

O constitucionalismo brasileiro foi construído sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdou seus vícios e, além disto, andou “em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e, todavia,

ao *bis in idem*; e o § 2º, do art. 5º, da CR, preceitua que: “[o]s 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”.

³⁴ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019. No mesmo sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 222-226.

³⁵ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 272.



foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial”, conforme afirma Paulo Bonavides³⁶.

Nada obstante, o processo de introdução de instituições representativas e constitucionais acompanhou, no Brasil, o movimento havido em Portugal – dando-se, verdadeiramente, em paralelo –, além de ter imitado fontes comuns. No aspecto doutrinário, a base veio do constitucionalismo francês, com as garantias fundamentais previstas no art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791; e, no aspecto positivo, a inspiração foi a Constituição espanhola de Cadiz. Por sinal, o mesmo texto chegou a ser outorgado por D. João VI no Rio de Janeiro e vigorou no Brasil por um dia³⁷.

Tal como conta Luis Sanchez Agesta³⁸, com a Constituição de Cadiz, a Espanha tentou reproduzir o modelo inglês, já com as modulações feitas pela França e, ainda, com outras adaptações próprias, de modo que ela incorporou a divisão de poderes inglesa com o filtro dos textos escritos na época da Revolução Francesa e das reinterpretações que lhes deram a Constituição francesa de 1791 e a própria Carta espanhola de 1812. E, sob o influxo dessa miscelânea de influências, à qual, depois, foram agregados, também, elementos de inspiração norte-americana, todas as Constituições brasileiras³⁹, desde a primeira – que data de 1824 e foi produto da mesma outorga imperial que erigiu a Carta constitucional portuguesa de 1826⁴⁰ –, sempre contiveram disposições relativas

³⁶ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52.

³⁸ Nas palavras do autor: “[e]n España se pretendió imitar el modelo inglés a través de su interpretación francesa, con algunas gotas, puestas por un gran historiador, Martínez Marina, de tradiciones españolas y otras exigencias que derivaban de la singular situación de España en la guerra de la Independencia”. Ele ainda conta que, “[a] su vez, en América (Estados Unidos del Norte y Méjico) hicieron otras interpretaciones de distinto valor” (SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y División de Poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], v. I, n. 3, p. 9-42, Set./dic. 1981).

³⁹ Com exceção da Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937.

⁴⁰ Segundo Paulo Bonavides, tratou-se de “um texto, em matéria de limitação de poderes, relativamente bem-sucedido, tanto lá quanto aqui, não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes” (BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52). Marcelo Neves, a este respeito, conta que, antes da decretação autocrática da Carta Constitucional de 1824, uma Assembleia Constituinte havia sido convocada e estava trabalhando um projeto de constituição, mas que isso não indicava a “introdução de um processo de constitucionalização no sentido do liberalismo europeu”, além do que “o posicionamento liberal perante ‘a divisão de poderes’ e a declaração dos direitos individuais apontavam para a imitação, sem compromisso, de modelos estrangeiros, especialmente o de origem francesa”. Essa Assembleia foi dissolvida por pressão do grupo da corte real, mas a Carta “imperial”, nada obstante, seguiu o projeto que estava sendo desenvolvido, em grande medida, vendo-se nele, segundo o autor, a influência de diferentes textos constitucionais, notadamente das Constituições francesas 1791, 1793 e 1799, da Constituição espanhola de 1812, da Constituição norueguesa de 1814; e, sobretudo, da Constituição



à divisão dos poderes. Porém, sem grandes variações de conteúdo, a despeito das diversas mudanças de contexto.

Nesse ambiente, por outro lado, a tese de que as instâncias repressivas são independentes, gradativamente, foi se estabelecendo, até se firmar como verdadeiro axioma, a despeito da inexistência de uma construção dogmática específica para lhe explicar, tampouco justificar a sua permanência no ordenamento, em vistas das muitas mudanças conjunturais que lhe acompanharam.

Da história espanhola, neste aspecto, colhem-se outros elementos que interessam à análise. A aparição da potestade sancionadora administrativa na Espanha e a subsequente afirmação de sua independência, frente à já em voga ideia da separação de poderes e, também, ao *ne bis idem*, ajudam a perceber como, há muito, estes temas se imbricam – ainda que de maneiras particulares e contingenciais –; e como o sistema jurídico brasileiro, nesta matéria, parece ter reproduzido soluções encontradas pelos espanhóis.

Retomando eventos passados, em um detido estudo acerca da relação entre os ilícitos penal e administrativo e do contexto das teorias que os distinguem, Ramón García Albero conta que, no constitucionalismo espanhol, o duplo encargo dado às autoridades incumbidas de administrar as províncias (chamadas de *Alcaldes*) – um governativo e o outro de julgar –, está na origem da aparição da potestade sancionadora administrativa. Esse duplo papel, ambíguo do ponto de vista da Constituição de Cadiz, a qual reconhecia o princípio da separação de poderes, com atribuição monopolística da função contenciosa e repressiva à esfera judicial – baseada nos princípios da exclusividade e da unidade –, teria ensejado a sua primeira fissura, segundo ele. Diz o autor que se tratava, no entanto, de uma reminiscência do Antigo Regime, a qual, surpreendentemente, teria conseguido transgredir o princípio da separação de poderes⁴¹.

francesa da Restauração, de 1814. Já com o documento constitucional de 1891, Marcelo Neves aponta que, “[d]a preponderante influência francesa sobre a Carta ‘imperial’ passou-se para uma preponderante influência norte-americana sobre o documento republicano” (NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 171-179). Em vista desses mesmos eventos e, ainda, com acréscimo de outros, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento dizem que o constitucionalismo brasileiro não nasceu bem. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 98-110).

⁴¹ Nas palavras do autor, “[b]ien pronto tal atribución monopolística va a sufrir su primera fissura, y ello debido fundamentalmente al ambiguo papel del Alcalde que es simultáneamente autoridad administrativa (tanto propia de la entidad municipal autónoma, como delegado del gobierno, y por ello sometido a dependencia jerárquica del Gobernador Civil) y el último escalón del orden judicial (art. 275 de la Constitución), a los que se encomenda el juicio de conciliación, la decisión de juicios civiles de ínfima cuantía, y, en lo penal, el conocimiento de los negocios criminales sobre injurias y faltas levianas y la instrucción de sumarios em el de la demarcación municipal, así como la detención de delincuentes con inmediata remisión al juez de partido. (...) Todo ello sucederá en virtud del Decreto Constitucional de 23 de junio de 1813, aprobatorio de la Instrucción para el Gobierno Económico-Político de las provincias, en cuyo artículo 1, Capítulo 3 se les outorga facultad de sancionar a los que ‘les desobedezcan o falten al respecto y a los que turben el orden o el sosiego público’” (GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las



Segundo J. Ramón Parada Vázquez, um certo autoritarismo (que ele chama por “autoritarismo administrativo”) sempre marcou o exercício da potestade sancionadora entregue à Administração em todos os sistemas políticos espanhóis, desde o início do constitucionalismo, dentre outras coisas, porque “esta potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal común, en el sentido de que una y otra pueden actuar sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de una sobre la otra”⁴². E ele sustenta que, por critérios quantitativos e qualitativos, é possível ver essa realidade dividida em três períodos: o primeiro, que vai da Constituição de Cádiz até a Ditadura do General Primo de Rivera (1923), corresponderia àquele da “aparición y afirmación de un poder sancionador moderado y limitado a las autoridades gubernativas de índole provincial o local (alcaldes y gobernadores)”⁴³; o segundo, indo de 1923 a 1939, compreenderia a legislação da Ditadura e da II República e se caracterizaria pela “politización del poder sancionador y la apertura de su ejercicio a las autoridades gubernamentales, ministro de la Gobernación y Consejo de Ministros”⁴⁴; e, no terceiro, iniciado em 1939, vê-se “la expansión del poder sancionador al ámbito de todos los sectores de intervención administrativa especial, sin la pérdida de sus anteriores caracteres”⁴⁵.

Na visão desse autor, em poucas matérias – dada a contradição percebida entre a norma constitucional⁴⁶ e a lei ordinária, incluídos os simples regulamentos – se tem prova tão clara do nominalismo das constituições espanholas e de sua inoperância como guia e critério balizador da redação dos dispositivos que, concretamente, devem

teorias sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español**: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400.

⁴² PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 67.

⁴³ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68.

⁴⁴ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68.

⁴⁵ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972.

⁴⁶ Neste sentido, o autor explica que “[l]a Constitución de 1812 fue categórica en el punto de separación de las funciones judiciales, entre las que incluye todas las represivas, y las funciones administrativas. Por de pronto, el artículo 172 impide al mismísimo rey privar a ‘ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna’. Este precepto, dirigido a la cabeza del Estado y del poder ejecutivo, desautorizaba toda posibilidad sancionatoria de las autoridades inferiores, y es que la Constitución de Cádiz, en la protección de las libertades personales, huyendo de las declaraciones dogmáticas de los derechos, usó de una técnica mucho más eficaz y práctica de declarar la incompetencia del ejecutivo, dando al poder judicial toda la función contenciosa y toda la función represiva a través de una minuciosa reglamentación, cuyos preceptos, fundamentalmente relativos a la atribución monopolística de juzgar y ejecutar lo juzgado en los juicios civiles y criminales (arts. 242 a 248), siguen vigentes” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68-69).



conformar o comportamento político e social, como nesta. Para ele, haveria um “signo diferencial más grave del Derecho español en relación con el Derecho europeo”⁴⁷, estando o desenvolvimento histórico da legislação administrativa espanhola, com a assunção de poder penal pela Administração Pública e o crescimento do poder sancionatório em matéria de ordem pública, identificado, em boa medida, com “reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas, sin que en este punto ninguno de los sistemas políticos que han precedido al actual pueda considerarse inocente en el arte de la creación y empleo de potestades administrativas para descalificar al adversario político”⁴⁸.

Ramón García Albero, por outro lado, partindo de apontamentos do próprio Parada Vázquez, mas mais especificamente interessado em entender quando e sob quais condições essa capacidade sancionadora administrativa adquiriu um tal sentido de independência, em face da jurisdição penal comum – ao ponto de poderem ingerir sobre os mesmos fatos sem se coordenarem ou se vincularem aos pronunciamentos uma da outra – volta a sua atenção para as reações doutrinárias de distintas épocas, frente às incertezas geradas em matéria de competência e sobre o campo de aplicação do *bis in idem*.⁴⁹ A resposta que ele encontra – e afirma – é a de que o processo de consolidação da potestade punitiva administrativa contou com decisões lastreadas em interpretações predispostas mais a preservá-la, do que a promover a satisfação dos ditames constitucionais e legais⁵⁰.

Na análise de uma situação que exigia definir se a matéria penal era – ou não – de monopólio do poder judiciário, envolvendo questão de competência de um governador e de um juiz de primeira instância, para dizer “si los alcaldes podían imponer sanciones con independencia y al margen de sus poderes judiciales para el enjuiciamiento de las faltas”⁵¹, em 1849, o Conselho Real espanhol acabou por atestar o poder sancio-

⁴⁷ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Insituto de Estudios Politicos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 83.

⁴⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Insituto de Estudios Politicos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 83.

⁴⁹ Sobre o tema do *ne bis in idem*, ver: DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio *ne bis in idem* na seara extrapenal sancionadora disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 125-152, abr./jun. 2019.

⁵⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400.

⁵¹ Eis as passagens da decisão – consubstanciada no “Real Decreto-sentencia de 31 de octubre de 1849” – citadas pelo autor, antes de manifestar a sua posição: “*Considerando que al conferir el Código penal a los alcaldes la atribución de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que en él se mencionan, ha estado lejos de privarles de los demás caracteres, facultades y atribuciones que a dichos funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos. Que correspondiendo por las leyes a los alcaldes y otras autoridades administrativas superiores e inferiores la facultad de imponer multas gubernativamente como*



nador da Administração. E, em face dos fundamentos declinados, Parada Vázquez disse que essa decisão foi justificada “más allá del amparo formal que suministran las leyes ordinarias y la propia Constitución, en la esencia misma de la Administración, concebida como un poder cuya autoridad parece inimaginable sin la facultad de castigar a los súbditos, haciendo tabla rasa de uno de los principios capitales del Estado liberal”⁵².

García Albero⁵³ também faz referência a essa decisão – citando a posição de Parada Vázquez –, a qual, para ele, teria sido capital para consolidação da potestade punitiva da Administração. Conta, ademais, que, a despeito de refletir uma das maiores desarmonias e incongruências do ordenamento espanhol, em meados do século XIX, a coexistência de faltas ou infrações penais e administrativas terminou por se estabelecer; que, durante o resto daquele século, boa parte das atividades legislativa e jurisprudencial do Conselho de Estado giraram em torno disso, por conta de conflitos entre as duas jurisdições gerados pela falta de distribuição racional das matérias que lhe eram afetas; e que “la raíz histórica de afirmación del ‘bis in idem’, de la compatibilidad de sanciones penales y administrativas, se encontra en ese proceso ambiguo de solución de conflictos de competencias entre Tribunales y Administración para conocer sobre las mismas infracciones”⁵⁴, sendo que a ele se chega – justo – por não se ter conseguido resolver essas competências sobrepostas; e – justo – porque “[la] única forma de salvar las competencias de ambos, va a resultar a la larga el reconocimiento de la total independencia

*atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la Administración por Leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se entendiese en el sentido de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas y todas las faltas juzgadas por los alcaldes con la dependencia y bajo la subordinación de los jueces de primera instancia. Que esta interpretación acarrearía los graves inconvenientes: 1.º De que se entendiese variada la forma actual de la Administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes. 2.º De que esto sucediese com motivo de una ley provisional en la cual ni en el Código para cuya observancia fue dictada no se trató ni discutió de propósito um punto de tanta trascendencia, a fin de evitar conflictos entre la Administración y el poder judicial. 3.º De que, con esta doctrina, ceñirse deberían y concentrarse en el juicio de los alcaldes y tenientes la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los atos todos de autoridad que requiriesen la imposición de multas u otras reprobaciones semejantes señaladas en las leyes. 4.º De que, según esto, estarían los agentes y empleados de la Administración, como tales, sometidos a los funcionarios del orden judicial y además sujetos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia e irresponsabilidad de la Administración consignadas en la Constitución y em las leyes” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Insituto de Estudios Politicos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 72-73.).*

⁵² PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Insituto de Estudios Politicos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 73.

⁵³ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español**: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400.

⁵⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español**: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 313.



sancionadora de la Administración respecto de los Tribunales y a afirmar al regla de la compatibilidad”⁵⁵.

Essa regra da compatibilidade, basicamente, equivale àquilo que, no Brasil, chama-se por independência entre as instâncias; e ela foi a forma que os espanhóis encontraram de justificar “la posibilidad de someter al culpable a dos legislaciones e imponerle dos penas”⁵⁶.

Dentro desse cenário, aquele “autoritarismo administrativo” do sistema espanhol de que falou Parada Vázquez toma ainda mais forma. Ao que parece, foi mais fácil justificar o – quizá – injustificável, do que distribuir racionalmente o poder sancionador entre as autoridades instituídas.

E, neste ponto, chama atenção uma outra observação que ele faz quando aprofunda a sua reflexão, analisando as legislações da Ditadura e da II República espanholas. Conforme adverte, o poder penal administrativo chegou à apoteose durante a Ditadura de Primo de Rivera, na Espanha. Mas diz que se engana quem acha que o fim da Ditadura e o advento da Segunda República fizeram mudar a fisionomia da legislação administrativa. Nas palavras do autor, “[I]a II República fue inconsecuente com sus principios democráticos y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fu ela Dictadura”⁵⁷.

Ainda, outros acontecimentos decorreram ou se conectaram com o tema. Ao longo de mais de cem anos, toda uma discussão se desenvolveu em torno da questão da existir – ou não – diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos.⁵⁸ No caso da Espanha, a doutrina e a jurisprudência empreenderam esforços para assentar o entendimento de que eles seriam, ontologicamente, idênticos, a fim de que lhes fosse conferido o mesmo tratamento, em termos de garantias. Isto não impediu, entretanto, que durante o franquismo, o Tribunal Supremo se dedicasse a, cuidadosamente, separar as penas das infrações administrativas, com o propósito político de, com relação a estas, afastar as garantias da Lei de Regime Jurídico da Administração e do Estado, que

⁵⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 312.

⁵⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 314.

⁵⁷ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 78.

⁵⁸ MOURA, Emerson Affonso da Costa. O ilícito administrativo à luz do devido processo legal administrativo: perspectivas da aplicação das sanções administrativas a partir das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 113-138, jul./set. 2021. p. 115.



lhes seriam extensíveis – se equiparadas às penas –, para deixar a Administração livre, nesse âmbito, como conta Alejandro Nieto García⁵⁹.

No quadro do desenvolvimento constitucional dos países periféricos, Marcelo Neves⁶⁰ também emprega o termo nominalismo, para se referir a situações que minam ou violam a Constituição; e refletem uma incapacidade de concretização do texto constitucional. No caso brasileiro, em vista de especiais características de cada uma as cartas constitucionais postas em vigor – desde a Constituição do Império, até aquela promulgada em 1988 –, ele percebe um ciclo vicioso de alternância entre nominalismo e instrumentalismo constitucional. As de feição nominalista seriam aquelas que, apesar de declararem direitos, liberdades e princípios e preverem formas de limitação e controle do poder, mostrar-se-iam alheias à realidade e ineficazes, do ponto de vista jurídico-normativo; e, instrumentalistas, aquelas cujos dispositivos serviriam, antes de mais, como instrumento para a manutenção de regimes autoritários, sendo perceptível a “emissão casuística de texto constitucional” e a Constituição sendo subordinada às relações de poder. É notável o fato de que essa chave metodológica lhe serve para adjetivar até mesmo a Constituição da República de 1988⁶¹.

Segundo o autor, com a elaboração da Constituição de 1988, implementou-se a passagem de um instrumentalismo para um novo nominalismo constitucional. E ele sustenta isso em vista, dentre outras coisas, da constatação de que “[a] proclamação do Estado democrático e social de direito com base no texto constitucional desempenha um papel simbólico-ideológico”⁶²; e do fato de a Constituição de 1988 surgiu no contexto de uma crise econômica, que seguiu se agravando e dificultando a observância e a concretização dos preceitos constitucionais. Dentro desse cenário, que denomina

⁵⁹ Como exemplo, ele menciona uma decisão firmada pelo Tribunal Supremo espanhol no ano de 1966 (a STS de 25 de junho de 1966). Conta, também, que essa doutrina foi conservada ainda nos primeiros anos da transição, citando outras duas decisões datadas de 1985 e 1986 (a STS de 13 de março de 1985 e a STS de 28 de janeiro de 1986), mas que “imediatamente después la jurisprudencia cambia de signo y también por razones metajurídica evidentes: lo que ahora se pretende con la identificación de delitos e infracciones administrativas es dotar a éstas de las garantías propias del Derecho Penal” (NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 126-127). Nessa, que foi a quinta edição publicada de sua obra, com alterações, Alejandro Nieto García trata da controvérsia sobre a identidade ontológica dos delitos e infrações administrativas em termos concisos, classificando-a como obsoleta. Como o objetivo do presente estudo não é aprofundar essa discussão, cumpre apenas referir que, nas edições anteriores dessa mesma obra, o tema é explorado mais detidamente pelo autor; e que a conclusão a que ele chega – com a qual se concorda –, vai no sentido de que essa tese não se sustenta, tecnicamente, porque se trata de conceitos puramente normativos; além de não resolver, definitivamente, os problemas que se propõe a resolver.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 127-132.

⁶¹ Para ele, as Constituições de 1824, 1891, 1934 e de 1946 – além da de 1988 – apresentariam traços nominalistas; e as de 1937 e 1967/1969, traços, precipuamente, instrumentalistas (NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 169-209).

⁶² NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 208



“desjuridificante”, Marcelo Neves aponta que “os detentores do poder tendem a sacrificar o direito constitucional em favor das exigências do sistema econômico”⁶³; e, ainda, que “o bloqueio ou deformação da concretização constitucional e, conjuntamente, a desconsideração do código autônomo (positivo) do direito tornam-se, sob determinados aspectos, mais problemáticos do que nos contextos sociais menos complexos dos textos constitucionais brasileiros anteriores”⁶⁴.

Pelas considerações que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento⁶⁵ fazem acerca da trajetória constitucional brasileira, confirma-se a conclusão de que ela oscilou entre períodos de abismos e incoerências entre as proclamações constitucionais e a realidade social – dentre outras coisas, pela baixa aderência que o ideário constitucionalista importado da Europa e dos Estados Unidos obteve, fora do texto –; e períodos de forte inclinação autoritária, muito embora apontem que, sob a égide da Constituição de 1946, também foram vistos momentos de democracia de estabilidade institucional.

Nada obstante, sobre a Constituição de 1988, os mesmos autores contam que as suas maiores influências externas foram as constituições portuguesa e espanhola, datadas, respectivamente, de 1976 e 1978; e que ambas foram gestadas no âmbito dos processos de redemocratização iniciados com a superação do autoritarismo que marcou as ditaduras salazarista e franquista. Segundo eles, a Constituição brasileira de 1988, na mesma linha, representa, do ponto de vista histórico, “o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia”⁶⁶, sendo que, a despeito das forças que sustentaram o regime militar terem estado presentes na arena constituinte, houve a promulgação de um texto cujas marcas distintivas são “o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana”⁶⁷.

A ruptura daquele círculo vicioso que faria o constitucionalismo brasileiro passar de fases nominalistas a instrumentalistas, sucessivamente, conforme a lição de Marcelo Neves, depende, como ele mesmo aponta⁶⁸, de variáveis complexas, no que se refere aos pressupostos, caminhos e consequências, de modo que elas apenas poderão ser

⁶³ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 208

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 209.

⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 97-170.

⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 170.

⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 170.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 212.



percebidas ao longo do processo histórico. E o que se tem, nesta perspectiva, é que revisitar figuras jurídicas preteritamente criadas para servir de fundamento à manutenção de realidades constitucionais nominalistas; e que seguiram ganhando estatura por meio de argumentos retóricos, até se apresentarem como fato consumado⁶⁹ – como parece ser o caso da chamada independência entre as instâncias –, pode ser um passo nessa direção.

Por sinal, frente às consequência geradas pelo “curioso” princípio da “suposta” compatibilidade e independência entre sanções administrativas e penas judiciais – “declarado em quase todas as normas que configuram poderes sancionadores administrativos”, segundo observam, com referência ao ordenamento espanhol –, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández sustentam, que “nem compatibilidade de sanções, nem independência na prova e na qualificação dos mesmos fatos”⁷⁰ são admissíveis depois da promulgação da Constituição espanhola de 1978. Dizem eles: “[s]e recordarmos, como nos impõe a Constituição, que estamos aqui ante algo que afeta imediatamente os cidadãos e sua esfera de liberdade (liberdade de conduta, primeiro; liberdade no que diz respeito à disponibilidade dos bens de que as sanções ou penas o privam, em segundo termo), tudo se simplifica e esclarece”⁷¹.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández entendem que, dentro desse contexto, a atividade sancionadora da Administração deveria ser reduzida a uma atividade auxiliar da repressão penal, não podendo, nunca, sobrepor-se ou ser alternativa a ela. Nada obstante, destacam não ser preciso colocar essa tese em primeiro plano para chegar a tal conclusão. O mais importante é assimilar – seguindo a linha de raciocínio que eles traçam – que, depois da Constituição espanhola de 1978, “[n]ão há mais ‘independência’ possível do poder punitivo da Administração, nem poderia justificar-se de maneira alguma que um mesmo, idêntico fato legitime uma corrente sucessiva de sanções para seu único autor por parte de órgãos diferentes”⁷².

⁶⁹ Por sinal, foi esta, precisamente, a expressão que Parada Vázquez empregou para explicar o que sucedeu na Espanha depois daquele julgamento do Conselho Real, antes referido, que avalizou a potestade punitiva administrativa, verbis: “Cuando la doctrina administrativa se enfrenta con esta cuestión, parte ya de este hecho consumado y verá el poder penal de la Administración pública como una facultad natural, constitucionalmente válida e legislativa y jurisdiccionalmente aceptada. Así COLMEIRO, además de invocar la citada doctrina del Consejo de Estado que hace suya (Derecho administrativo español, 1850, tomo II, p. 303), afirma por sua cuenta y riesgo que ‘la independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestade coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniárias o corporales, dentro de los límites de una simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega en la Administración esta parte de funciones propias del poder judicial” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administración Pública**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972).

⁷⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.

⁷¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.

⁷² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.



As disposições da Constituição da República brasileira de 1988 parecem induzir à mesma conclusão. Logo, se é que ainda cabe falar em independência de instâncias, deve ser em um outro sentido. Mesmo porque, se trabalhada a partir de uma interpretação atenta aos valores axiológico-normativos incorporados à Constituição – aos quais se vinculam não só a vedação ao *bis idem*, mas os princípios da presunção de inocência, da proporcionalidade e do devido processo legal, também –, ela poderia adquirir outro formato e ter alguma utilidade protetiva, inclusive.⁷³

Na prática, sem prejuízo da ingerência de outras condicionantes e reflexões que se afigurem relevantes, poderia ser reformulada a partir de uma lógica em que a vedação ao *bis idem* – por conta do *status* constitucional que possui –, se colocasse como um critério de controle, voltado a impedir a repetição de sanções em leis cuja competência para aplicação esteja a cargo de instâncias diferentes, seja em razão da divisão das esferas de poder (judicial, administrativa ou legislativa), ou das divisões de competência por matéria. Assim, quando houvesse algum propósito (legítimo) para o enquadramento de um mesmo ato em duas tipificações e para a aplicação de sanções diferentes – deste modo, em caráter de complementariedade e, não, de repetição –, a independência das instâncias se justificaria, justo, pela diferença.

Naturalmente, que isso não resolveria a situação, em todos os seus aspectos. Ainda remanesceria a possibilidade de serem firmados juízos conflitantes, por exemplo; e, com isso, também, a necessidade de se pensar em formas de refinar os critérios de comunicabilidade e de coordenar a atuação das instâncias encarregadas. Mas, assim, a ideia de uma independência entre as instâncias poderia ter um espaço no ordenamento, ao lado da vedação ao *bis idem* ou como um suporte para ele; e não como um pretensão princípio – ou mesmo uma regra – opositor, que desafia, frequentemente, a sua operatividade.

Afinal, dos valores axiológico-normativos consagrados na Constituição não se pode desviar; e, portanto, por eles devem ser resolvidas as disputas estabelecidas dentro do ordenamento, nos planos em que isso pode vir a acontecer. O *princípio reitor do sistema* nunca entrará em linha de colisão com outros elementos do sistema. Ele (a *pessoa*) é o *fundamento do fundamento de validade* (a Constituição) das normas que orbitam ao redor dele⁷⁴. Logo, nesse plano, não há disputas possíveis.

⁷³ RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.

⁷⁴ Sobre esse assunto, de novo com Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que “embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição brasileira, que nem sempre todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais, quando for o caso, é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada e (possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**



Agora, imaginando a hipótese de que a independência entre as instâncias pudesse se qualificar como uma norma – seja com roupagem de regra ou de princípio, aqui, tomando-se por referência a classificação proposta por Robert Alexy –, poder-se-ia cogitar de uma eventual disputa entre ela e a vedação ao *bis in idem*? Ela venceria esse embate? Só pela *ratio* que lhe subjaz já se poderia, intuitivamente, adiantar que não. Mas parece oportuno aprofundar essa análise, para que se veja, desde uma perspectiva mais concreta, que, de uma forma ou de outra, a Constituição obriga a que ela – com as feições que ainda possui – ceda espaço à vedação ao *bis in idem*.

3. UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PELA TEORIA DA COLISÃO DE ROBERT ALEXY

Haveria, apesar de tudo, um conflito entre o *ne bis in idem* e a independência entre as instâncias a ser superado? Como dito, parece haver, na verdade, razões para negar a existência de um real conflito de normas entre o *ne bis in idem* e a independência entre as instâncias. Porém, como ela é chamada, por vezes, de *princípio*; e, a partir disso, outras cogitações seriam objetáveis, pode ser pertinente aprofundar a análise dessa hipótese.

Mas antes, cumpre registrar – com incremento ao que se vem sustentando – que, tecnicamente, ela, a independência entre as instâncias, não se sustenta como um *princípio* da ordem daqueles *princípios gerais* que Karl Larenz apresenta como passíveis de serem “condensados numa regra imediatamente aplicável”⁷⁵ – e, assim, *lex*, em si próprios, e não só *ratio legis* –, ou seja, daqueles que, de tão “evidentes”, o legislador teria julgado desnecessário explicitar, mas tão-somente as exceções. E não é só porque, entre eles, o autor relaciona o próprio *ne bis in idem*, mas, também, porque ele define esses princípios gerais como concretizações do Estado de Direito, apresentado (ele, o Estado de Direito) como um princípio que contém uma “ideia diretiva” a nortear todos os demais subprincípios⁷⁶.

E, a menos que o rótulo de derivante do princípio da separação dos poderes fosse capaz, sozinho, de lhe conferir esse *status* – o que não parece ser possível sob a égide da

de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 101). Em linha complementar, Luiz Fernando Calil de Freitas sustenta que a dignidade da pessoa humana funciona como “limite dos limites dos direitos fundamentais, no sentido de que qualquer afetação desvantajosa, limitadora ou restritiva, jamais poderá retirar ao direito fundamental aquele conteúdo ser diretamente identificado com o que se considera o princípio reitor do sistema de direitos fundamentais. Quanto à condição do princípio da dignidade humana, como vetor maior do sistema jurídico-constitucional e, como tal, valor juridicamente consagrado que dá sentido e fundamento os direitos fundamentais, assim como em relação à noção daí decorrente, segundo a qual cada direito fundamental possui em seu conteúdo parte que lhe é específica e peculiar e parte em dignidade humana (...)” (FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221).

⁷⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 682.

⁷⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 676-683.



Constituição de 1988 –, não se poderia reconhecer à independência entre as instâncias uma tal envergadura, de forma automática. Sobretudo, nas condições em que se consolidou; e quando se vê que, em regra, ela é invocada para justificar mais restrições a direitos – e para exigir, por via reflexa, menos esforço de racionalização do ente estatal, no manejo do poder repressivo –, estando, assim, longe de se caracterizar como uma concretização do Estado de Direito, pelo menos, desde o ponto de vista dos postulados que conformam o paradigma do Estado Constitucional.

Mas e se se tratasse de um *princípio* com sentido de “mandamento de otimização”, seguindo-se o raciocínio de Robert Alexy? Neste caso, tem-se que um confronto solucionado com o emprego da lei da colisão proposta pelo mesmo autor, faria com que ela tivesse de ceder espaço ao *ne bis in idem*.

Na linha do que propõe Robert Alexy sua a teoria sobre os direitos fundamentais, “toda norma é ou uma regra ou um princípio” – e ambos são juízos de dever-ser –, sendo que, enquanto as regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁷⁷, os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”; e, enquanto as regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁷⁸, a medida da satisfação dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas, que são medidas e determinadas, concretamente, em face dos princípios e regras colidentes.⁷⁹

Além disto, “[u]m conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”⁸⁰, tendo em vista que “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”⁸¹. Neste caso, portanto, a decisão é sobre validade.

Agora, se dois princípios colidem e um deles tem de ceder, não quer dizer que seja inválido, nem que há necessidade de que seja introduzida uma cláusula de exceção. O que acontece é que se constata que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”⁸². Aqui, o conflito não se dá na dimensão validade, mas na dimensão do peso.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90-91.

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90-91. (Destaque no original)

⁷⁹ NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93.



Para solucionar esses casos, Alexy⁸³ concebe uma fórmula que denomina *lei da colisão*, sugerindo que, o sopesamento que se realiza por meio dela, resulta em uma *norma de direito fundamental atribuída*.

Se isoladamente considerados dois princípios diferentes conduzem a uma contradição, no que diz respeito às possibilidades fáticas que deles decorrem (ou seja, eles levam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si), significa que um restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. O objetivo do sopesamento, portanto, é definir qual dos interesses (protegidos por esses diferentes princípios, os quais, abstratamente, estão no mesmo nível) têm maior peso no caso concreto.

A solução, segundo Alexy⁸⁴, é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (concreta ou relativa) entre os princípios, sendo que a questão a ser respondida é a seguinte: sob quais *condições* um princípio deve prevalecer ou deve ceder?

E um dos pontos importantes para essa teoria das relações de precedência condicionadas, no entendimento de Alexy, neste aspecto, é que essas *condições* dizem com os direitos fundamentais; são as condições sob as quais se verifica uma violação a direitos fundamentais. Em resumo, “[s]e uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”⁸⁵.

Eis a regra que deve balizar a definição da relação de precedência; e o resultado dessa definição se estabelece como um enunciado de preferência que também se consagra como uma regra. Nas palavras de Alexy, “de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente”⁸⁶.

Sinteticamente, então, prescreve: “[a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”⁸⁷.

Ainda, diz que: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”⁸⁸.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94-99.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.



Sob estas bases, é possível conceber uma solução para um eventual conflito entre a independência entre as instâncias e o *ne bis is idem*? Se “princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”⁸⁹ e a independência entre as instâncias for aceita como um princípio, nos termos em que Alexy os qualifica, um exercício de sopesamento que resulte em um enunciado de preferência mais favorável à prevalência do *ne bis idem* pode exigir que aquele ceda.

Por outro lado – e, a despeito de ser denominado comumente como princípio –, mesmo que ela apresentasse as características das regras, o *ne bis in idem* poderia ser imposto como uma cláusula de exceção, seguindo-se a linha de raciocínio de Alexy, no sentido de que “[a] introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”⁹⁰.

Até porque, segundo ele, “o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios”⁹¹ (como, por exemplo, mais a favor dos interesses individuais do que de interesses coletivos), ainda que isso não os vá igualar às regras, em termos de caráter. “O caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte”⁹².

Isto, porém, não dispensaria o sopesamento, visto que princípios apenas estabelecem direitos *prima facie*, no entendimento de Alexy. Segundo ele, “decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei da colisão, a definição de uma regra”⁹³.

Na prática, significa que quando um princípio for base suficiente à tomada de uma posição concreta, ele passará a ser o fundamento de uma regra e, como tal, razão definitiva para esse juízo concreto.

Sendo assim, se um amplo grupo de condições de precedência confere um altíssimo grau de certeza a um dado princípio, como é o caso do princípio do *ne bis in idem*, e a relação de preferência que (sabidamente) estabelece em face de outros princípios

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 108.



lhe confere, nesta medida, conteúdo de regra, pode-se aventar a viabilidade de que um juízo ponderativo prévio deva ser feito pelo próprio legislador. Ou para lhe consolidar com cláusula de exceção à propugnada independência entre as instâncias (se tomada como regra); ou para conferir ao *ne bis in idem* igual posição (ou seja, de regra, em caráter definitivo), obrigando os intérpretes, nesse último caso, a ressignificar a independência entre as instâncias, sob pena de que a discussão atinja a dimensão da validade.

Tendo-se que os ilícitos penais e administrativos correspondem a conceitos puramente normativos, ao passo que o desenvolvimento de uma política sancionadora integrada e de coordenação entre as instâncias competentes não inviabilizaria a incidência de diferentes modalidades de sanção, quando fosse o caso – enquanto a independência entre as instâncias tem validado a mera repetição de sanções idênticas, por vezes, apenas com nomenclaturas diferentes –, a solução seria reconhecer que, quando a política legislativa produzir sobreposição, por não atentar para a necessidade de coordenação, verificar-se-á a ocorrência de *bis in idem*.

Logo, se trabalhada a partir da lei da colisão, essa premissa pode levar a afirmação de que: quando duas ou mais sanções são cominadas para o mesmo fato, sem que haja coordenação entre os poderes competentes para aplicá-las (suporte fático), o princípio do *ne bis in idem* resulta vulnerado; e, logo, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, essa ação é proibida (consequência jurídica).

Ademais, o princípio da separação dos poderes – do qual, em tese, deriva a suposta independência entre as instâncias –, agora usando as palavras de Sirlene Nunes Arêdes, “firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder”⁹⁴. Portanto, a “sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual o princípio foi concebido”⁹⁵.

Sendo o Estado uma entidade una, na qual as divisões internas apenas existem para garantir funcionalidade à sua atuação e à proteção de direitos fundamentais contra arbitrariedades, “consiste em subversão à lógica da separação dos poderes o entendimento conforme o qual esse princípio permite onerar as pessoas submetidas à ordem jurídica”⁹⁶.

⁹⁴ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223.

⁹⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223.

⁹⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223. No entendimento de Fábio Medina Osório, o que sustenta o dogma da autonomia entre as instâncias é a tentativa de punir todas as condutas declaradas ilícitas pelo Poder Legislativo (OSÓRIO. Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 353).



Dentro deste contexto, tem-se que, em termos de carga protetiva de direitos fundamentais, o peso da vedação ao *bis in idem* na equação de sopesamento com a independência entre as instâncias é superior. Nem toda intervenção estatal na esfera de direitos individuais está legitimada pelo *ius puniendi*; e, tampouco, pode ser justificada, simplesmente com base no princípio da independência entre as instâncias⁹⁷.

A obviedade dos pesos atribuídos aos princípios em colisão, neste caso, leva a que a relação de precedência estabelecida entre eles seja tão sólida, que a regra extraída do enunciado de preferência pode ser antecipada e positivada pelo legislador. Em vista de suas bases e contornos, o princípio da independência entre as instâncias não consegue se desincumbir do ônus argumentativo que a vedação ao *bis in idem* lhe atribui.

A bem da verdade, dada a sua incorporação ao ordenamento pátrio como direito fundamental e a sua estreita ligação com outros direitos fundamentais, pode-se dizer que o *ne bis in idem* se apresenta como um critério de preferência aplicável diretamente⁹⁸. Não porque independeria de sopesamento, mas porque a sua consagração já é o resultado de um exercício ponderativo prévio, cujo resultado é a sua consolidação como regra.

Essa ideia se assemelha àquela defendida por Daniel Wunder Hachem, quando trata da questão do mínimo existencial, dizendo que:

“[d]o mesmo modo como há um consenso social em relação ao desrespeito à dignidade provocado por determinadas ações (v.g. prática de tortura), deve haver um consenso social acerca da transgressão do mesmo princípio quando da omissão do Poder Público importar uma situação de flagrante indignidade”⁹⁹, sendo o mínimo existencial justamente isso: o “núcleo material do princípio da dignidade humana”.

Em face destas e de outras considerações, ele sustenta que “[s]ua incidência dá-se pelo método da subsunção, não podendo ser objeto de ponderação, uma vez que o seu conteúdo coincide com o núcleo essencial irreduzível dos direitos fundamentais, insuscetível de sopesamento”¹⁰⁰. E isto, porque já é o resultado de um sopesamento. Por-

⁹⁷ Neste sentido, conforme ensina Ana Paula de Barcellos, “as constituições contemporâneas em geral, e a brasileira em particular, consagram o homem, sua dignidade e seu bem-estar como centro do sistema jurídico. Se é assim, é perfeitamente possível conceber uma preferência – de caráter *prima facie* – para as disposições constitucionais diretamente relacionadas com esses fins constitucionais (...)” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73).

⁹⁸ Na linha do que sugere Alexy, ao tratar dos direitos fundamentais com reserva qualificada (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132).

⁹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 211.

¹⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe;



tanto, “não se trata, na verdade, de efetiva blindagem contra qualquer ponderação: o que se entende é que esta já foi previamente realizada pelo constituinte – tornando-o, assim, um direito definitivo e não *prima facie* (...)”¹⁰¹.

Nesta perspectiva, tem-se que o poder (ou dever) do Estado de punir precisa, obrigatoriamente, ser exercido com respeito aos limites que o *ne bis in idem* impõe, sendo-lhe vedado estabelecer imputações e sanções múltiplas, em face do mesmo agente e dos mesmos fatos, de maneira desordenada e desconexa.

Dizer o contrário importaria, no mínimo, uma despreocupação com a necessidade de que o sistema jurídico funcione de maneira coerente, o que é salutar para o resguardo da proporcionalidade das sanções e da segurança jurídica, não só no âmbito da aplicação, mas no âmbito legislativo também.

A este respeito, é interessante a posição defendida por Luc J. Wintgens¹⁰², quando propõe que os problemas legislativos sejam estudados sob o ângulo da teoria legal (*legal theory*), mas a partir de uma abordagem que ele chama de legisprudência (*legisprudence*¹⁰³), como um contraponto à jurisprudência; e que se volta para a atuação do legislador – e não para o julgador –, tratando o ato de legislar não como uma mera questão de política (e, como tal, sujeita a lógica e jogos de poder próprios).

Dessa forma, segundo ele, questionamentos que tradicionalmente eram cobertos pelo manto da soberania (em que medida o legislador precisa levar em conta a sistematicidade da ordem legal, o que se considera como norma válida, quais significados podem ser criados e como, por exemplo), passam a poder ser direcionados ao legislador¹⁰⁴. Então, para o desenvolvimento de uma teoria racional de produção legislativa o

HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul:** intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 223.

¹⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul:** intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 223.

¹⁰² WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 1-39.

¹⁰³ Segundo ele: “Legisprudence has as its object legislation and regulation, making use of the theoretical tools and insights of legal theory. The latter predominantly deals with the question of the application of law by the judge. Legisprudence enlarges the field of study to include the creation of law by the legislator. Within this new approach, a variety of new questions and problems are raised (including the validity of norms, their meaning and the structure of the legal system) that are traditionally dealt with from the perspective of the judge or are taken for granted by classical legal theory. However, by shifting the attention to the legislator, the same questions arise, such as in what sense the legislator has to take the systematicity of the legal order into account, what counts as a valid norm and what meanings can be created and how, to mention just a few” (WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 2).

¹⁰⁴ Nas palavras do autor: “Traditional legal science covers many of these questions with the cloak of sovereignty. Legislators being sovereign, they decide what will count as a valid norm and what its meaning is. Whether and how it fits into the system is then a matter of interpretation—and this is the task of the judge and the legal scientist”. (WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 2).



autor defende, a liberdade como *principium* e como a base para os princípios que irão, finalmente, concretizarem-se em deveres ao legislador¹⁰⁵.

O princípio da coerência é o primeiro desses princípios e o que ele exige é que as normas façam sentido como um todo (“[i]t requires that norms make sense as a whole”); que não sejam contraditórias entre si; que o legislador apresente o porquê das mudanças operadas – ou não – com o passar do tempo; e que respeite teorias não propriamente legais (“theories that are not themselves law, but to which legislators must refer in order to justify their norms”)¹⁰⁶. Seguindo a proposição do autor, tem-se que, nesse plano, a coerência, tipicamente, relaciona-se com as regras que balizam as normas e com a separação de poderes, devendo assumir, sempre, por princípio, a liberdade¹⁰⁷.

Os demais princípios são os da alternatividade, temporalidade e necessidade de densidade normativa, mas atendo a análise apenas àquilo que mais se relaciona ao objeto deste estudo, tem-se que o conteúdo conferido pelo autor a este último princípio é altamente elucidativo. Segundo o autor, em face dele, não se pode atribuir às sanções, de plano, a maior densidade normativa possível, sendo que, para que algo assim seja admissível, justificativas suplementares devem ser apresentadas, de modo a demonstrar a razão pela qual alternativas menos gravosas não serviriam para atender os propósitos em causa¹⁰⁸.

Desde este ponto de vista, pensar que a solução para o aparente conflito entre a independência entre as instâncias e *ne bis in idem* deveria provir do próprio legislativo parece ser ainda mais apropriado. Ao fato de que assiste ao *ne bis in idem* uma preferência que pode ser antevista, acrescenta-se uma outra razão (que, aliás, serve para reforçar o seu peso na equação do sopesamento).

Tal como engendrados, os diplomas legais sancionadores que replicam tipos e sanções não respeitam uma métrica de coerência, propagam uma interpretação da separação dos poderes – consubstanciada em uma visão quase mística da chamada independência das instâncias sancionadoras – que desprestigia direitos individuais, em favor de interesses políticos contingenciais; e, de consequência, vulneram a unidade e a coerência do próprio sistema normativo.

¹⁰⁵ WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5.

¹⁰⁶ WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5.

¹⁰⁷ Do original: “[t]his level of coherence, typically, refers to theories like the rule character of norms, the separation of powers, and others, all of which, so it is argued, refer to freedom as principium” (WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5).

¹⁰⁸ Do original: “[r]ules should not automatically contain sanctions as the strongest form of normative density. If sanctions are included, this requires a specific and supplementary justification why weaker alternatives (information campaign, incentives, labelling, covenants and so on) are not withheld” (WINTGENS. LUC J. **Legisprudence:** a new theoretical approach to legislation. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5).



Tendo-se que o ordenamento jurídico constitui um sistema, desde que as normas que o compõem se relacionem de forma coerente, empresta-se de Norberto Bobbio, o seguinte questionamento: “[q]ue ordem pode haver entre as normas de um ordenamento jurídico, se o critério de enquadramento é puramente formal, isto é, referente não à conduta que elas regulam, mas unicamente à maneira com que foram postas? Da autoridade delegada pode emanar qualquer norma?”¹⁰⁹. Indo ainda mais longe, ele pergunta: “se pode emanar qualquer norma, pode emanar também uma norma contrária àquela emanada de uma outra autoridade delegada? Mas poderíamos ainda falar de sistema, de ordem, de totalidade ordenada num conjunto de normas no qual duas normas contraditórias fossem ambas legítimas?”¹¹⁰.

Definitivamente, a resposta tem de ser negativa. E, portanto, não parece aceitável seguir restringindo a incidência da vedação ao *ne bis in idem* ao âmbito penal e utilizando a dita independência entre as instâncias como um trunfo, para conferir ares de legitimidade a uma estrutura que se chama pelo nome de sistema, mas opera de forma dessincronizada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo, duas cogitações se destacam: (i) ou a denominada independência entre as instâncias, tal como propugnada, não tem amparo constitucional e não se sustenta, sistematicamente, não havendo, de tal modo, um embate a ser solvido entre ela e a vedação ao *bis in idem*, porque esta – sim – tem ressonância constitucional, seja porque incorporada ao ordenamento, por força dos tratados internacionais a que aderiu o Brasil, seja por decorrer direta e indiretamente de outros direitos fundamentais; e, então, nesse o caso, a tese de que as instâncias sancionatórias são independentes, simplesmente, não serve como fundamento para justificar a sobreposição de tipificações e sanções em âmbitos diferentes; (ii) ou a hipótese é de colisão de normas e a solução pode passar pelo estabelecimento de um enunciado de preferência – e, de consequência, de uma norma de direito fundamental atribuída, com amparo na lei da colisão proposta por Robert Alexy –, sendo que, por esse caminho, dada a obviedade do peso que o *ne bis in idem* carrega, a relação de precedência que se estabelece em seu favor alcança uma tamanha solidez, que a regra extraída do enunciado de preferência pode ser antecipada e positivada pelo legislador.

Em um cenário ideal, como a equação de sopesamento seria antecipada pelo legislador, o *ne bis in idem* se consolidaria como regra e se apresentaria como um critério de preferência aplicável diretamente, impassível de ser afastado com o argumento de

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71-72.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 73-74.



que as instâncias são independentes. Mas isso, a bem da verdade, só viria para conferir a maior operatividade que ele já deveria ter – frente a princípio reitor do sistema e à sua incorporação ao rol de direitos fundamentais –; e ainda não tem.

Afinal, considerando que qualquer exercício de coerção pelo Estado, sobretudo em razão do princípio da proporcionalidade, deve ser justificado formal e materialmente, não parece possível sequer aventar a hipótese de que cumular sanções que apresentem as mesmas – ou quase as mesmas – finalidades, por meio de processos paralelos, tenha sido o objetivo do legislador constituinte. É igualmente improvável que ele tenha prospectado um resultado positivo decorrente da replicação de tipificações já existentes – ou que poderiam vir a existir – em outros ramos; e, então, deliberadamente optado por viabilizar ao legislador infraconstitucional que assim o fizesse.

Em última análise, pode-se dizer que se não trata de uma mera conjectura. Uma interpretação como essa poderia sugerir que o legislador constituinte reservou espaços onde uma espécie de rompimento seletivo com a unidade de sentido que conforma a Constituição seria tolerável. Mas a própria ideia de uma ruptura excepcional é contrária a racionalidade que se assenta nessa unidade, a qual impõe que, em qualquer embate, os direitos individuais sejam priorizados. Logo, há um problema no modo como a máxima da independência entre as instâncias é trabalhada e empregada, com prejuízo a direitos fundamentais; e ele precisa ser resolvido.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho Penal Administrativo**. Buenos Aires: Arayú, 1955.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Víctor Pereira (Org.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52.



BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2018. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/35539>>. Acesso 15 ago. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio ne bis in idem na seara extrapenal sancionadora disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 125-152, abr./jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 617. Esta permanece sendo a posição da autora, conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240.

HACHEM, Daniel Wunder; PETECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 589-610, jul./dez. 2015.



LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 676-683.

MACHADO, Maíra Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir et al (Org.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: Ipea, 2013, p. 177-200.

MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. O ilícito administrativo à luz do devido processo legal administrativo: perspectivas da aplicação das sanções administrativas a partir das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 113-138, jul./set. 2021.

NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade Administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. **Revista de Administracion Publica. Insituto de Estudios Politicos**, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.

RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y Division de Poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], v. I., n. 3, p. 9-42, Set./dic. 1981, p. 9-42.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

WINTGENS. LUC J. **Legisprudence: a new theoretical approach to legislation**. Portland: Hart Publishing, 2002.