

# *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro

*Ne bis in idem: fundamental constitutional right applicable in the relationship between criminal law and the sanctioning administrative law*

Sirlene Nunes Arêdes\*

Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte-MG, Brasil

## 1. Introdução

A teoria da unidade do poder punitivo estatal levou diversos países europeus, especialmente nas três últimas décadas, a desenvolverem nova leitura da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa. Ainda que se possa, com fundamento nas normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa, não é possível diferenciar, materialmente, essas infrações e sanções. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação e execução importa o exercício deste poder.

Fundamentadas nessas concepções, doutrina e jurisprudência de países europeus abrandaram os efeitos da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias, a fim de submeter a instância administrativa punitiva a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados pelo Direito Penal. Reconhece-se, dessa forma, a existência de um conjunto de princípios comuns à repressão estatal considerada em sentido amplo.

---

\* Professora Doutora e Mestre em Direito pela UFMG, professora da graduação em Direito da Faculdade Milton Campos. Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte. E-mail: sirlenearedes@gmail.com

Nesse sentido, em Portugal, o Decreto-lei 433, de 27/10/1982, que regula as contraordenações, garante, na esfera administrativa, a retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias de erro de tipo e erro de proibição e interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamento. Já na Espanha, a Constituição de 1978 garante, expressamente, a anterioridade das infrações administrativas. Mas o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) ampliou essa proteção e passou a exigir, na aplicação de sanções administrativas, a tipicidade, conduta dolosa ou culposa e previsão em lei formal dos limites de infrações e penas administrativas. Esse Tribunal também impôs a proibição de *bis in idem* para condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo<sup>1</sup>. Consoante a sua jurisprudência, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador os princípios do Direito Penal com “modulações”<sup>2</sup>.

A teoria da unidade do poder punitivo é o principal fundamento para a aplicação da vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, por rejeitar que a mesma pessoa seja punida em ambas as instâncias pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao adotar essa teoria, mantém jurisprudência nesse sentido. Os fundamentos utilizados pelo TEDH para considerar abusiva a aplicação simultânea de sanções penais e administrativas são o Protocolo Adicional nº 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Embora esses dispositivos refirmem-se expressamente ao direito penal e, de forma semelhante, o Convênio de aplicação do Acordo Schengen limite a aplicação do *ne bis in idem* aos casos em que haja “sentença firme”, o TEDH interpretou esses dispositivos no sentido de que há vedação à dupla punição por ilícitos em sentido amplo e não apenas em relação às infrações penais.

Lucía Alarcón Sotomayor<sup>3</sup> afirma que a decisão mais representativa da jurisprudência do TEDH é a sentença de 29 de maio de 2001 (caso Franz Fischer contra Áustria). A autora relata que o indivíduo, em estado de embriaguez, atropelou, com seu veículo, um ciclista e se evadiu do local sem prestar socorro; posteriormente, o ciclista faleceu. O autor do atropel-

1 NIETO GARCÍA, 2005, p. 215.

2 NIETO GARCÍA, 2005, p. 164 et seq.

3 SOTOMAYOR, 2008, p. 55 et seq.

lamento foi sancionado administrativamente por conduzir embriagado e, penalmente, por homicídio culposo. O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de *bis in idem*, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia também é contrária à punição penal e administrativa da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos. A jurisprudência desse Tribunal ressalta que uma pessoa pode ser definitivamente julgada ainda que nenhum Tribunal haja se manifestado sobre os fatos objeto de reprovação e o Acordo de Schengen não subordina a aplicação do *ne bis in idem* à necessária tramitação prévia de um processo penal<sup>4</sup>.

Diante de reiteradas doutrinas e jurisprudências brasileiras que defendem a autonomia e a independência das instâncias, questiona-se a existência de limites constitucionais que impeçam o uso concomitante das diversas formas de manifestação do poder punitivo estatal. Indaga-se, portanto, se o Poder Legislativo e os aplicadores do direito encontram-se constitucionalmente obrigados à observância do *ne bis in idem* nas relações entre as esferas penal e administrativa geral. Portanto, a aplicação desse princípio demanda a definição de seu conteúdo, a análise quanto à sua existência no ordenamento constitucional brasileiro e de seu âmbito de incidência.

Na legislação brasileira, constata-se a tipificação dos mesmos fatos, simultaneamente, como crimes e infrações administrativas gerais. Em algumas hipóteses, há a simples repetição de comandos normativos com alteração de penas.<sup>5</sup> Em outras, embora sejam adotados termos diversos, há identidade quanto aos sujeitos responsáveis, aos fatos puníveis e ao fundamento da punição.<sup>6</sup> Se analisadas conjuntamente a legislação penal e administrativa federal, estadual e municipal, uma mesma pessoa pode ser

---

4 JALVO, 2003, p. 183.

5 Nesse sentido, por exemplo, a tipificação dos crimes pela Lei 9.605/98 e tipificação de infrações administrativas pelo Decreto Federal 6.514/2008.

6 Os exemplos são oferecidos por Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 272) ao analisar as disposições dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/1990 com as normas de proteção da concorrência, atualmente previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011.

punida não duas vezes (uma na esfera penal, outra na administrativa), mas diversas vezes pelos mesmos fatos.

Pretende-se demonstrar que o *ne bis in idem* tem assento constitucional na estrutura democrática do Estado brasileiro e se caracteriza como direito fundamental, cabendo sua aplicação na inter-relação entre as instâncias penal e administrativa geral.

## 2. Conteúdo do princípio *ne bis in idem*

O *ne bis in idem* se origina no direito romano<sup>7</sup> e, embora tenha surgido no âmbito civil e com sentido processual, desenvolveu-se para abranger a esfera punitiva e integrou a vertente material<sup>8</sup>. Reconheceu-se a vedação *bis in idem* durante a Idade Média, embora, nesse período, a absolvição por ausência de provas não impedisse novo processo pelos mesmos fatos<sup>9</sup>, em virtude do suposto interesse social na punição de todas as condutas ilícitas<sup>10</sup>. O conteúdo desse princípio foi sintetizado por Rodolfo Tigre Maia<sup>11</sup> nas seguintes palavras:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal.

---

7 A origem do princípio e suas manifestações em ordens jurídicas passadas foram excepcionalmente expostas por Keity Saboya (2014, p. 5 et seq.).

8 SILVA, P. R. A.; 2008, p. 290; TORRADO, 2008, p. 17; MAIA, 2005, p. 27.

9 CORDI, 2008, p. 83 et seq.; SABOYA, 2014, p. 17.

10 CORDI, 2008, p. 85.

11 MAIA, 2005, p. 27.

A liberdade e a segurança jurídica fundamentaram a vedação de reiteração de procedimentos punitivos. Entendeu-se que seria contrária ao Estado de Direito a perene situação de incerteza que recai sobre a pessoa submetida a vários procedimentos instaurados para averiguação do mesmo fato, sujeitando-a a (tentar) provar sua inocência diversas vezes perante o Estado. Assim, inicialmente, reconheceu-se o *ne bis in idem* na esfera processual penal, a fim de impedir a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos<sup>12</sup>.

Em sua *vertente processual*, “o objetivo que este princípio busca, desde suas origens, é conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado”<sup>13</sup>. Sob essa perspectiva, o princípio assegura “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão”<sup>14</sup>.

Essa vertente encontra-se expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos<sup>15</sup>. Lucía Alarcón Sotomayor<sup>16</sup> afirma que a proibição de duplo processo, independentemente da solução do litígio e de nova qualificação do ilícito, constitui o verdadeiro *ne bis in idem* processual e tem ligação direta com os efeitos negativos da coisa julgada. Nesse sentido, alguns autores sustentam que, em sua primeira manifestação, a vedação ao *bis in idem* deriva da coisa julgada, uma vez que o pronunciamento judicial firme impede a reiteração de processos punitivos relativos àqueles fatos<sup>17</sup>. Por sua vez, Tomás Cano Campos<sup>18</sup> defende que a coisa julgada é que se fundamenta no *ne bis in idem* e não o inverso.

De seu aspecto eminentemente processual, o princípio evoluiu para a vertente material, de acordo com a qual a vedação de duplo processo impossibilita a aplicação de mais de uma punição pelos mesmos fatos.

A *vertente material do ne bis in idem* também teve seu âmbito estendido, pois se, inicialmente, entendia-se que essa vedação se limitava à esfera

---

12 TORRADO, 2008, p. 18.

13 TORRADO, 2008, p. 21 (tradução livre).

14 TORRADO, 2008, p. 306 (tradução livre).

15 SOTOMAYOR, 2008, p. 175.

16 SOTOMAYOR, 2008, p. 176.

17 NIETO GARCÍA, 2005, p. 474.

18 CAMPOS, 2001, p. 201.

penal, atualmente, defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas no interior da esfera administrativa ou da penal, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos<sup>19</sup>.

O reconhecimento desse princípio nem sempre se deve à determinação expressa do Poder Legislativo ou do Poder Constituinte. Na Espanha, como será demonstrado a seguir, seu reconhecimento decorreu da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE), pois a Constituição Espanhola de 1978 (CE/1978) não o estabelece expressamente<sup>20</sup>.

### 3. A aplicação do *ne bis in idem* na Espanha

A CE/1978, da mesma forma que a CRFB/88,<sup>21</sup> não prevê expressamente o *ne bis in idem*, nem como princípio geral do Direito, nem como regra, nem como direito fundamental. Todavia, o silêncio do Constituinte não impediu o reconhecimento dessa garantia no ordenamento jurídico espanhol<sup>22</sup>.

A doutrina impulsionou a jurisprudência espanhola no sentido de efetivar garantias às pessoas submetidas ao poder punitivo exercido pela Administração, especialmente após a promulgação da CE/1978. No entanto as bases da mudança ocorrida com essa Constituição foram doutrinas anteriores à sua promulgação, que levaram à inclusão, em seu texto, do art. 25.1, segundo o qual “ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam crime, falta ou infração administrativa, conforme a legislação vigente naquele momento”<sup>23</sup>.

No ordenamento jurídico espanhol, a ausência de previsão constitucional expressa dos postulados de culpabilidade, tipicidade e reserva legal, em relação ao direito administrativo sancionador, e de *ne bis in idem*, na relação entre as instâncias penal e administrativa geral, não impediu que

---

19 NIETO GARCÍA, 2005, p. 474

20 SOTOMAYOR, 2008, p. 21.

21 Keity Saboya (2014, p. 50) também utilizou o sistema espanhol como paradigma para estudo do *ne bis in idem* no direito brasileiro, por entender que a Espanha é o “país, em que, atualmente, a discussão sobre o aumento da atuação sancionadora da Administração, com sobreposição de imposição de sanções por mais de um órgão estatal, é mais evidente”, e também que “o desenvolvimento das sanções administrativas no direito brasileiro muito se assemelha ao do direito espanhol”.

22 SOTOMAYOR, 2008, p. 31; JALVO, 2003, p. 175.

23 ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978 (tradução livre).

a jurisprudência os reconhecesse, com base no dispositivo constitucional que garante a anterioridade para a aplicação de sanções punitivas e em outras normas constitucionais.

A doutrina relata que o TCE foi o principal responsável pela alteração do sistema vigente anteriormente à promulgação da CE/1978, ao impor a aplicação do *ne bis in idem* para além da esfera penal, a fim de impedir a cumulação de infrações administrativas gerais e dessas com punições penais.

A Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (STC) 02/1981 foi a primeira a reconhecer a natureza constitucional do *ne bis in idem*<sup>24</sup> e a caracterizá-lo como princípio geral do direito. Essa decisão também estabeleceu a prevalência de sua vertente material sobre a processual, ao afirmar que esse princípio impõe “que não recaia duplicidade de sanções – administrativa e penal – nos casos em que se constata a identidade de sujeito, fato e fundamento”<sup>25</sup>.

O principal fundamento utilizado pelo TCE para determinar a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa é o *princípio da legalidade*. Para esse Tribunal, a dupla sanção atenta contra a certeza exigida pela vertente material do princípio, cujo objetivo é garantir que as pessoas possam prever as consequências de suas ações com anterioridade, de forma que a sanção imposta deve ser conhecida pela pessoa previamente a sua conduta<sup>26, 27</sup>.

O TCE e o Tribunal Supremo Espanhol (TSE) também fundamentam a aplicação do *ne bis in idem* no *princípio da proporcionalidade*, reconhecido como fundamental e imanente ao Estado de Direito e ao valor de justiça estabelecido no art. 1.1 da CE/1978. Caracterizado como princípio geral do direito, vincula todos os poderes públicos a seus comandos<sup>28</sup>.

---

24 SOTOMAYOR, 2008, p. 33 et seq.

25 MOLINÉ, 1996, p. 163.

26 TORRADO, 2008, p. 161; CAMPOS, 2001, p. 204 et seq.

27 “Se a Administração ou o Poder Judiciário, ao aplicar as normas, impõem duas ou mais sanções pelo cometimento de uma só infração (penal ou administrativa) vulneram tanto a vertente formal do princípio da legalidade, como sua vertente material. A formal ou reserva de lei porque se cria uma nova sanção não prevista (ao menos do ponto de vista de sua aplicação) em nenhuma lei para a infração cometida. A vertente material (tipicidade e mandato de taxatividade) porque ao impor duas ou mais sanções por uma só infração vulnera-se o direito do destinatário das normas, incluído nessa garantia, de determinar, com certeza e segurança, a responsabilidade derivada do cometimento de uma infração. Isso não implica que todas as manifestações do *ne bis in idem* formem parte ou se sustentem no princípio da legalidade.” (CAMPOS, 2001, p. 210, tradução livre).

28 TORRADO, 2008, p. 175.

Fundamentando-se nesse princípio, afirma-se que as “leis devem conter critérios de dosimetria punitiva que sejam referência para a atuação do julgador e que, além disso, ofereçam fatores qualitativos para que seja possível sua graduação”<sup>29</sup>. A jurisprudência do TCE estabelece estreita relação entre proporcionalidade e proibição de *bis in idem*<sup>30</sup>.

Essa jurisprudência se harmoniza com a doutrina que defende a autossuficiência das sanções punitivas e que a duplicação de sanções implica reação desproporcional que gera maiores prejuízos que aqueles derivados da conduta ilícita e caracteriza manifesta causa de injustiça<sup>31</sup>.

O instituto da *coisa julgada* também é usado para fundamentar o *ne bis in idem* e como mecanismo de solução de concurso aparente de normas penais e administrativas. À coisa julgada são reconhecidos efeitos positivos – a decisão judicial firme determina a verdade jurídica – e negativos – a decisão transitada em julgado impede novos pronunciamentos em relação ao seu conteúdo.

Os efeitos negativos da coisa julgada impossibilitam novo julgamento sobre os mesmos fatos, pois a decisão coberta pelo instituto vincula o Poder Judiciário e a Administração. A doutrina relata que o TCE e o TSE se manifestam no sentido de que a coisa julgada material, em sua vertente negativa, não permite que uma contenda judicial, já decidida por sentença transitada em julgado, possa ser novamente examinada<sup>32</sup>. Reconhece-se estreita relação entre esse instituto e a vedação ao *bis in idem*, pois ambos resguardam a segurança jurídica<sup>33</sup>.

Maria Lourdes Ramírez Torrado<sup>34</sup> sustenta que a proibição de *bis in idem* e a prevalência das decisões penais sobre as administrativas fundam-se no art. 45.3 da CE/1978, que, ao tratar das infrações ao meio ambiente, determina: “para os que violarem o estabelecido no dispositivo anterior, nos termos que a lei fixar, serão estabelecidas sanções penais ou, sendo o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado”<sup>35</sup>. A autora defende que a CE/1978, ao prever “sanções penais ou, sendo o caso,

29 TORRADO, 2008, p. 177 (tradução livre).

30 TORRADO, 2008, p. 182.

31 TORRADO, 2008, p. 180 et seq.; CAMPOS, 2001, p. 203.

32 TORRADO, 2008, p. 194 et seq.

33 TORRADO, 2008, p. 191 et seq.

34 TORRADO, 2008, p. 205.

35 ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978 (tradução livre).

administrativas”, impossibilita a aplicação simultânea de ambos os mecanismos e que, embora a norma esteja incluída no capítulo referente ao meio ambiente, caracteriza-se como geral e aplicável a todo sistema jurídico<sup>36</sup>. Posição similar é defendida por Tomás Cano Campos<sup>37</sup> ao analisar o art. 25.1 da CE/1978.

Outros autores fundamentam o *ne bis in idem* no princípio da *segurança jurídica* e na *proibição de arbitrariedade*<sup>38</sup>. Essa concepção propõe que não é admissível, no Estado de Direito, a constante ameaça de aplicação de diversas sanções pelos mesmos fatos, pois essa situação submete as pessoas a tratamento desumano<sup>39</sup>. Fundamenta-se ainda a vedação de *bis in idem* na *exigência de racionalidade e interdição de arbitrariedade* dos poderes públicos, estabelecida no art. 9.3 da CE/1978<sup>40</sup>, e na desproporcionalidade e na arbitrariedade que implicam a dupla punição ou o duplo processo pelos mesmos fatos<sup>41</sup>.

Uma vez reconhecida a inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola, sua aplicação teve como principal consequência a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vincula a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilita punição administrativa às pessoas penalmente condenadas e exige que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal. Os fundamentos dessa decisão são o instituto da coisa julgada, presente na esfera penal, a submissão da Administração às decisões judiciais e às maiores garantias do processo penal<sup>42</sup>.

A prevalência da esfera penal é garantida por um conjunto de regras, jurisprudencialmente criadas, que se resumem da seguinte forma: “se a Administração tem conhecimento de fato que possa constituir infração penal e administrativa, deve se abster de atuar e comunicar o fato à autoridade judicial”; finalizado o processo penal, com sentença condenatória, a Administração se encontra impedida de aplicar sanções administrativas pelos mesmos fatos. Contudo, se a sentença penal for absolutória, a Ad-

---

36 TORRADO, 2008, p. 14, 206.

37 CAMPOS, 2001, p. 209.

38 SOTOMAYOR, 2008, p. 25 et seq.

39 SOTOMAYOR, 2008, p. 26.

40 SOTOMAYOR, 2008, p. 27.

41 CAMPOS, 2001, p. 202.

42 TORRADO, 2008, p. 353.

ministração poderá continuar ou iniciar o procedimento administrativo punitivo, hipótese em que “deve respeitar a declaração de fatos provados (positivos ou negativos), realizados pelo juízo penal”<sup>43</sup>.

A jurisprudência do TCE consagra que a prevalência da instância penal é constitucionalmente determinada. Assim, mesmo o Poder Legislativo não tem competência para dispor de forma diversa, conforme decidido na STC 77/1983<sup>44</sup>.

Outro efeito da aplicação do princípio na relação entre as instâncias é que, a jurisprudência espanhola, invertendo o sistema inicial de preponderância do *ne bis in idem* processual, garante a prevalência de seu aspecto material, por entender vedada a dupla punição, mas não o duplo processo pelos mesmos fatos. Assim, o *ne bis in idem* processual não alcança, com todas as suas consequências, a esfera administrativa. Consoante a jurisprudência do TCE, a vertente processual do *ne bis in idem* implica a primazia da decisão penal sobre a administrativa e não a proibição de novo processo. Nesse sentido, a STC 334/2005 consignou que, não há excesso punitivo nas hipóteses em que “o julgado posterior proceda ao desconto dos efeitos da sanção estabelecida na decisão anterior”<sup>45</sup>.

Mesmo não sendo plenamente aplicada a vertente processual do *ne bis in idem*, a garantia de sua vertente material, no ordenamento jurídico espanhol, alterou profundamente o sistema anterior, ao vincular a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilitar novo processo em relação às pessoas penalmente condenadas, e exigir que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

A prevalência da instância penal sobre a administrativa não soluciona o concurso de normas nos casos em que mais de uma norma tipifica os mesmos fatos como infração administrativa<sup>46</sup>. Nesse campo, a doutrina destaca a inexistência de critério geral para eleição da norma aplicável<sup>47</sup>.

Diante dessa omissão, defende-se a utilização dos critérios previstos no art. 8º do Código Penal Espanhol (especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade) para solução de concurso de normas adminis-

---

43 MOLINÉ, 1996, p. 164 (tradução livre).

44 SOTOMAYOR, 2008, p. 87 et seq.

45 SABOYA, 2014, p. 69.

46 CAMPOS, 2001, p. 212.

47 SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.

trativas, se as autoridades competentes para aplicação das sanções se encontram na mesma estrutura hierárquica<sup>48</sup>. Alguns autores defendem que o uso desses critérios independe de norma expressa que os estabeleçam<sup>49</sup>. Caso esses critérios não possam ser aplicados, Alejandro Nieto García<sup>50</sup> defende a aplicação dos critérios da vontade e da cronologia.

Quanto ao âmbito de incidência do *ne bis in idem* na via administrativa, a jurisprudência do TCE restringe sua aplicação às sanções administrativas, identificadas pela finalidade repressiva.<sup>51</sup>

A jurisprudência espanhola exclui a aplicação do *ne bis in idem* nas hipóteses em que concorrem sanções punitivas penais e sanções administrativas disciplinares, impostas no âmbito das relações especiais. Essa exceção consta na primeira decisão do TCE sobre o tema<sup>52</sup>.

Embora a STC 2/1981 tenha se referido às relações de sujeição especial como se constituíssem exceção não englobada pelos pressupostos de aplicação do *ne bis in idem*, parte da doutrina sustenta que, no caso, a exceção decorre da ausência da tríplice identidade, pois o fundamento das sanções disciplinares é diverso do existente na aplicação de sanções penais ou administrativas gerais.

Algumas decisões fundamentam a possibilidade de dupla punição na diversa finalidade atribuída às penas disciplinares, pois elas são tipificadas sob perspectivas distintas, ou seja, com a intenção de proteger bens jurídicos diversos. Outras decisões se apoiam no componente ético das sanções administrativas disciplinares para sustentarem a diversidade de fundamentos e, com isso, a não incidência do *ne bis in idem*<sup>53</sup>.

Todavia nota-se nova evolução jurisprudencial, que impõe a aplicação do *ne bis in idem* no âmbito das relações especiais. Se, inicialmente, o TCE

---

48 NIETO GARCÍA, 2005, p. 517 et seq.

49 SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq..

50 NIETO GARCÍA, 2005, p. 514.

51 Conforme leciona Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 33 et seq.), a partir desse pressuposto, são excluídas da incidência desse princípio as medidas estatais referentes a responsabilidade civil, multas coercitivas, medidas de polícia, consequências de condenações judiciais, revogações de autorizações ou licenças, caducidade das concessões administrativas, impossibilidade de obter subvenções governamentais e perda da qualidade de servidor público. Segundo a jurisprudência espanhola, outros princípios que regem a atividade punitiva da Administração, tais como tipicidade e culpabilidade, também não se aplicam a essas medidas, por não terem caráter repressivo (TORRADO, 2008, p. 73).

52 NIETO GARCÍA, 2005, p. 503.

53 NIETO GARCÍA, 2005, p. 503 et seq.

e o TSE consideraram que a imposição da sanção em uma relação especial não ofenderia o *ne bis in idem*, ainda que a sanção tivesse por objeto fatos punidos na esfera penal, suas decisões mais recentes exigem que, além da caracterização da relação especial, demonstre-se, no caso concreto, a especialidade do fundamento da sanção disciplinar em relação à penal<sup>54, 55</sup>

#### 4. O *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira

Analísada a aplicação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico espanhol, cabe averiguar a possibilidade de sua aplicação na ordem jurídica brasileira, tendo em vista a inexistência de comando na CRFB/88 que o adote expressamente.

##### 4.1. Contexto atual da ordem jurídica brasileira quanto à aplicação do *ne bis in idem*

A análise da inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira demonstra que a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação por parte da doutrina. Essa teoria é o principal fundamento de sua inaplicabilidade na relação entre as esferas punitivas no direito brasileiro.

Explicita-se também que a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* e que essas normas infralegais são acolhidas pela jurisprudência. Analisam-se decisões do STF sobre o tema, a fim de verificar a existência de fundamentação constitucional quanto à sua aceitação pela CRFB/88 e constata-se, também nessa seara, a prevalência da teoria da autonomia e da independência das instâncias, conforme se expõe abaixo.

---

54 NIETO GARCÍA, 2005, p. 504.

55 “De maneira lenta, porém perceptível, os Tribunais vão recebendo esses impulsos garantistas da doutrina, que culminaram com a decisão STC 234/1991, de 10 de dezembro, que declara, sem rodeios, que ‘a existência da relação especial tampouco justifica, por si mesma, a dualidade de sanções. De uma parte, com efeito, as chamadas relações especiais não são entre nós um âmbito em que os sujeitos quedam despojados de seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não ocorrem à margem do Direito, mas dentro dele e, portanto, também nelas têm vigência os direitos fundamentais e tampouco a respeito delas goza a Administração de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esse possa ser outorgado em termos que seriam inaceitáveis sem o suposto dessa relação especial.’ Há, aqui, uma estupenda declaração dogmática cuja operatividade se reduz notavelmente quando dela se quer passar ao caso concreto, pois ainda segue sendo ambígua e falaciosa e, de fato, acaba por aceitar a dualidade de castigo.” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 504, tradução livre).

#### 4.1.1 A teoria da autonomia e independência de instâncias

Conquanto a teoria da autonomia e da independência das esferas penal e administrativa já não tenha a mesma aceitação em diversos sistemas jurídicos, no Brasil, a doutrina majoritária e a jurisprudência ainda sustentam a autonomia quase absoluta entre as instâncias penal e administrativa geral.

Um dos fundamentos dessa autonomia é que o entendimento segundo o qual a *competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo*<sup>56</sup>. Defende-se que as diferenças formais estabelecidas pelo Poder Legislativo são suficientes para garantir autonomia a essas instâncias.

A doutrina identifica o ilícito administrativo pela autoridade competente para a imposição da sanção administrativa – autoridade esta integrante do Poder Executivo, de acordo com a maioria dos autores. Essa competência fundamenta a autonomia e a independência das infrações e sanções administrativas em relação às penais por se entender que os mesmos fatos assumem “identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas”<sup>57</sup>.

A caracterização do poder punitivo como atribuição intrínseca ao Poder Executivo decorre de teorizações sobre o poder de polícia que remontam a início e meados do século XX. Porém, se é certo que a fiscalização de condutas privadas constitui atividade típica do Poder Executivo, o mesmo não se pode dizer da aplicação de sanções punitivas decorrentes do descumprimento de obrigações impostas nas relações gerais, pois essa atividade pode ser exercida por esse Poder ou pelo Judiciário, tal como já explicitado por Marcelo Madureira Prates<sup>58</sup>.

Parte da doutrina, ao sustentar a autonomia e a independência das instâncias, fundamenta-se na *diferenciação ontológica entre infrações e sanções penais e administrativas*<sup>59</sup>. No entanto não é possível distinguir materialmente as infrações ou sanções penais das administrativas gerais. Essa distinção apenas pode ser feita pelo ordenamento jurídico ao restringir a aplicação de

---

56 OSÓRIO, 2005, p. 372 et seq.

57 OSÓRIO, 2005, p. 341.

58 PRATES, 2005, p. 37.

59 CERVEIRA, 2005, p. 21 et seq.

determinadas sanções pelo direito penal. A identificação do poder punitivo geral não parte dessas diferenciações, mas do conceito de pena.

Fábio Medina Osório<sup>60</sup> leciona que *a tentativa de punir todas as condutas declaradas ilícitas pelo Poder Legislativo* sustenta o dogma da autonomia de instâncias no ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo autor afirma que não faltam doutrinadores que negam ao *ne bis in idem* o caráter de juridicidade, ao argumento de que tal norma viria a fomentar a impunidade (OSÓRIO, 2005, p. 354). Desconsidera-se que a impunidade é intrínseca ao sistema punitivo, pois não há possibilidade de punição de todas as condutas ilícitas, em virtude da seletividade desse poder.

A independência das instâncias, na ordem jurídica brasileira, não se restringe às relações entre as vias penal e administrativa geral. A criação de “novas instâncias” punitivas, caracterizadas por distintas autoridades competentes para processar e punir fatos já objeto de fiscalização e de punição por outras esferas, é sustentada por essa teoria. Admite-se, portanto, que o Poder Legislativo, ao atribuir competência punitiva a órgãos e poderes diversos, multiplique o exercício do poder punitivo estatal<sup>61</sup>.

O sistema vigente limita os efeitos constitucionais da coisa julgada, por autorizar que órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado. Ele também legitima a reiteração punitiva ao permitir que o acusado seja processado e/ou sancionado nas instâncias penal e administrativa geral, ou, ainda, em outras esferas, pelos mesmos fatos e fundamento. Por fim, essa sistemática submete as pessoas a reiteradas punições administrativas pelos mesmos ilícitos, em decorrência da competência punitiva que é reconhecida a todos os entes federados sobre determinadas matérias.

A doutrina majoritária defende que os entes federados detêm competência para expedir leis (ou mesmo regulamentos) que imponham sanções punitivas em razão da competência material comum prevista no art. 23 da CRFB/88 e das competências legislativas, concorrente ou suplementar, estabelecidas em seus artigos 24 e 30, II<sup>62</sup>.

As normas podem ser estabelecidas pelos entes federados sem que se considerem as normas sobre o mesmo tema expedidas por outros entes. Dessa forma, os mesmos fatos podem ser tipificados, com sanções de gra-

60 OSÓRIO, 2005, p. 353 et seq..

61 OSÓRIO, 2005, p. 348.

62 MASCARENHAS, 2002, p. 250 et seq.; SILVA, J., 2000, p. 483; KRELL, 2003, p. 60.

vidade diversas, por cada ente federado que, como instância autônoma e independente, pode aplicar suas normas em concorrência com os demais.

#### 4.1.2 Aspectos legislativos

A legislação vigente reafirma a autonomia e a independência entre as instâncias penal e administrativa, por meio de previsões de punibilidade administrativa independentemente da penal, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) <sup>63</sup> e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).<sup>64</sup> Além de previsões genéricas de reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa, há leis que, ao tipificarem a conduta como infração administrativa, expressamente, tipificam-na também como crime (v. g., art. 15, §3º, do Decreto-Lei 25/1937).

Em outras hipóteses, as normas legais preveem instâncias punitivas, às quais é legalmente atribuída autonomia em relação às esferas civil, penal e administrativa. Nesse sentido, dispôs o art. 12 da Lei 8.429/92 que, ao estabelecer penas aplicáveis aos agentes condenados por atos de improbidade, determina que suas sanções sejam aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas”. Dessa forma, esse dispositivo parece criar nova instância punitiva, sem qualquer relação com as existentes, e impõe a reiteração punitiva sem que se possa fundamentar a natureza diversa da nova categoria punitiva em relação às excluídas. A mesma afirmação se pode fazer com relação ao disposto no citado art. 56, do CDC.

Outro exemplo que desperta dúvidas quanto à natureza das penalidades aplicáveis e em relação à cumulação com outras sanções, encontra-se no art. 5º da Lei 10.028/2000, que estabelece infrações administrativas puníveis pelos Tribunais de Contas. Conforme a jurisprudência do STF, as penalidades impostas pelas Cortes de Contas são autônomas e indepen-

---

63 “Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: [...] §1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro. Sem destaque no original).

64 “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...]”. (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Sem destaque no original).

dentes em relação às aplicadas nas esferas civil,<sup>65</sup> penal<sup>66</sup> e administrativa disciplinar<sup>67</sup>.

Como decorrência da competência legislativa implícita, reconhecida aos entes federados em relação aos temas enumerados no art. 23 da CRFB/88, diversas leis estaduais e municipais prescrevem punição administrativa em razão dos mesmos pressupostos fáticos que implicam punição penal ou administrativa federal.

A ordem jurídica brasileira reconhece a interdependência entre as instâncias apenas em razão de raras situações legalmente determinadas, caracterizadas, não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos, mas como liberalidade do Poder Legislativo.

É pacífico que a sentença penal que declara a inexistência do fato ou de sua autoria faz coisa julgada em todas as esferas. Longe, porém, de essa construção se relacionar ao instituto da coisa julgada, essa interdependência decorre de expressa previsão legal de comunicabilidade entre as instâncias nessas hipóteses.<sup>68</sup>

Da mesma forma, as sentenças penais absolutórias fundamentadas em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal irradiam efeitos a outras vias punitivas em razão da determinação do art. 65 do Código de Processo Penal (CPP). Todavia, como explicitado por Fábio Medina Osório<sup>69</sup>, essa comunicabilidade entre as instâncias decorre “de um compromisso político do sistema punitivo com os valores da coerência e da unidade do ordenamento jurídico, resguardando vetores funcionais suficientes para estancar atos ilícitos dentro destes esquemas normativos”.

Sem a previsão legal em sentido contrário, aceita-se que a absolvição na esfera penal por ausência de provas não gera efeitos nas demais instâncias e possibilita reiterados processos punitivos em relação aos mesmos fatos.

Portanto, a legislação brasileira incorpora a teoria da independência de instâncias em modelo quase absoluto e de forma contrária aos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Essas pre-

---

65 Nesse sentido manifestação do STF nos autos do MS 25.880/DF.

66 Conforme decisão do STF no MS 23.625/DF e no HC 103.725/DF.

67 O STF manifestou-se a respeito nos autos do MS 22.728/PR.

68 O art. 126 da Lei 8.112, de 11/12/90, bem como o art. 935 do Código Civil e o art. 66 do Código de Processo Penal expressamente preveem essa comunicabilidade.

69 OSÓRIO, 2005, p. 353.

visões legais são incorporadas pela jurisprudência que também mantém a teoria da autonomia e da independência das instâncias penal e administrativa, exceto se houver expressa previsão legal de comunicabilidade.

#### 4.1.3 A jurisprudência do STF

A aplicação do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro também é limitada pela jurisprudência do STF, que já se manifestou no sentido de que a vedação *bis in idem* sequer possui acento constitucional:

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.<sup>70</sup>

Mesmo em relação à punição penal, a jurisprudência não assegura ao acusado a garantia processual do *ne bis in idem* ao admitir que o inquérito judicialmente arquivado por falta de provas possa gerar ação penal, se novas provas forem juntadas ao procedimento (Súmula 524 do STF). Não se reconhece, portanto, mesmo na instância penal, o *status* de coisa julgada à decisão judicial que encerra o inquérito penal por falta de provas.<sup>71</sup>

Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

As decisões do STF que aplicam a teoria da autonomia e independência das instâncias não explicitam seus fundamentos. Mesmo no que tange aos ilícitos imputados aos servidores públicos, em relação aos quais se admite a independência entre as sanções penais e administrativas disciplinares, por

---

70 BRASIL, STF, HC 80.263/SP (Sem destaques no original).

71 “Não existe acordo quanto a se o princípio *ne bis in idem* impede nova persecução penal nos seguintes casos: a) quando o Ministério Público decide não formular uma denúncia penal e esta decisão queda firme, e b) quando o juiz penal rejeita a denúncia e esta decisão queda firme. O caso a é o menos problemático. A juízo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a decisão do Ministério Público de não promover a ação penal pode ser considerada como um caso especial de coisa julgada.” (CORIA, 2007, p. 339, tradução livre).

entender que o fundamento da sanção é diverso, a jurisprudência não demonstra claramente os fundamentos da autonomia e independência dessas sanções.

Pode-se afirmar que a autonomia das instâncias no Brasil é mais dogma que construção jurídica. São várias as decisões do STF no sentido da incomunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, em razão da autonomia e independência a elas atribuídas, cuja fundamentação se limita aos precedentes do Tribunal e são raras as decisões em que os fundamentos dessa autonomia são expostos.<sup>72</sup> A divergência em relação à jurisprudência dominante no STF é mantida pelo Ministro Marco Aurélio Mello que, com fundamento no art. 5º, LVII, da CRFB/88, defende a revisão do postulado da independência entre as esferas penal e administrativa.

É possível concluir que a teoria da independência entre as instâncias foi estabelecida, na jurisprudência do STF, em função processos judiciais que envolvem punições de servidores públicos e com supedâneo na doutrina administrativa que defende a autonomia da responsabilidade administrativa disciplinar em relação à punição penal.<sup>73</sup> Todavia a autonomia e a independência da esfera administrativa disciplinar – fundamentada nas relações especiais que os servidores públicos mantêm com o Estado – foram transpostas para o âmbito das relações gerais.

Em relação à autonomia entre as sanções aplicadas na via penal e na administrativa geral, os fundamentos são explicitados em um acórdão do STF anterior à CRFB/88, de lavra do Ministro Rafael Mayer. Trata-se de

---

72 Nesse sentido a decisão do STF nos seguintes processos: MS 23.625-6/DF, MS 23.188/RJ, MS 21.545/SP, MS 25.880/DF

No julgamento do MS 21.293, o voto do Ministro Relator aponta os fundamentos da independência e autonomia entre as instâncias nos seguintes termos: “Aprego a Impetrante a circunstância de estar sendo processado, pelo homicídio, perante a Justiça estadual, mas a definição dessa competência, em matéria criminal, que se deduz da ocorrência, ou não, do detrimento de bens, serviços ou interesses da União, tem pressupostos não coincidentes com aqueles que serviram à capitulação da transgressão disciplinar, perante os elementos acima considerados.” Ainda no mesmo julgado, o Ministro Marco Aurélio votou pela comunicabilidade das instâncias penal e administrativa: “Há o segundo tema e creio que tenho convencimento, no Plenário, praticamente isolado. Minimizo a regra segundo a qual há independência entre as três espécies de responsabilidade – penal, civil e administrativa – quando temos coincidência entre as figuras ou pelo menos quando a da transgressão administrativa se aproxima, e se aproxima sobremaneira, da penal. Se, com a atual Carta, veio à balha preceito no qual se estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não posso, se há essa proximidade entre as duas figuras, concluir pela independência absoluta dos processos.”

73 Como expressão dessa jurisprudência, voto do Ministro Celso Melo no julgamento do MS 21.029/DF (STF).

*habeas corpus* impetrado em favor de paciente punido pela mesma conduta – dirigir veículo sem habilitação – na esfera administrativa (art. 89, I, da Lei 5.108/66 – Código de Trânsito revogado) e na penal (art. 32 da Lei das Contravenções Penais), que foi denegado por se entender que há diversidade na:

[...] natureza e objetividade jurídica das normas que sancionam a mesma conduta, em um e outro fundamento legal, não importando até mesmo a sua simultânea aplicabilidade em *bis in idem*, pois enquanto a multa prevista na lei de trânsito tem a ver com o exercício do poder de polícia administrativa, que se cumpre no âmbito da Administração, a multa contravencional tem o verdadeiro caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, em repressão contra a conduta voluntária que põe em perigo o bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja a incolumidade pública. São normas, portanto, que não se conflitam e, de conseqüente, não interferem para efeito de revogabilidade.<sup>74</sup>

Verifica-se que a decisão fundamenta a autonomia entre as instâncias na competência da autoridade para imposição da sanção e na ausência de natureza repressiva da multa administrativa. Segundo a decisão, a ausência dessa natureza na multa administrativa lhe retira o caráter de pena e lhe garante natureza diversa em relação às sanções penais. Essa decisão desconsidera que a comparação entre as sanções penais e administrativas de polícia não demonstra ou identifica natureza ou finalidade para as sanções administrativas diversa das sanções penais.

#### 4.1.4 Críticas à teoria da autonomia e independência de instâncias

Além da inexistência de diferenças materiais que garantam autonomia às vias punitivas, a teoria da autonomia e independência das instâncias pode ser questionada com fundamento na legislação vigente que aproxima as relações entre elas<sup>75</sup>. Cita-se, como exemplo, a necessária configuração do débito tributário pelo lançamento definitivo para o início da ação penal nos crimes contra a ordem tributária; hipóteses em que a condenação em processo administrativo torna-se requisito de justa causa para a ação penal.<sup>76</sup>

74 BRASIL, STF, HC 62.196/MG.

75 OSÓRIO, 2005, p. 347

76 BRASIL, STF, HC 81.611/DF e HC 85.185/SP.

A teoria da autonomia e independência das instâncias também ofende a princípios vigentes na ordem constitucional brasileira. Ela não se mostra compatível com o modelo de Estado de Direito por ofender o princípio da segurança jurídica,<sup>77</sup> em virtude da multiplicação de esferas punitivas em relação aos mesmos acusados pelo mesmo ilícito; por desconsiderar a autoridade da coisa julgada, permitindo manifestações da autoridade administrativa contrárias às decisões judiciais; e por desprezar a unidade do poder punitivo estatal.

O princípio da separação de poderes firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder. Sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual esse princípio foi concebido.

O Estado se apresenta, perante as pessoas, como instituição una e suas divisões internas visam a garantir funcionalidade estatal e proteção de direitos fundamentais mediante o controle de arbitrariedades. Consiste em subversão à lógica da separação de poderes o entendimento conforme o qual esse princípio permite onerar as pessoas submetidas à ordem jurídica<sup>78</sup>.

Atualmente, parte da doutrina adota a teoria da unidade do poder punitivo estatal e relativiza o princípio da independência entre as instâncias punitivas<sup>79</sup>. Essa teoria permite reconhecer que atividades punitivas intrínsecas ao Poder Executivo, são apenas a fiscalização e a aplicação de medidas cautelares.

A imposição de sanção punitiva caracteriza-se como atividade vinculada; motivo pelo qual se rejeita a discricionariedade em sua aplicação. Da mesma forma, não se admite a possibilidade de múltiplas tipificações do mesmo fato, nem a teoria da inaplicabilidade da legislação de outros entes.

---

77 “Teoricamente, não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, correta conforme o Direito, na esfera administrativa, em determinados domínios especializados e idôneos e, ao mesmo tempo, ver-se acusado da prática de crimes em razão de supostas transgressões às mesmas normas que noutra terreno se diz que foram cumpridas integralmente. [...] Se o sujeito agiu ao abrigo da licitude, na esfera administrativa, não pode, pelos mesmos fatos, ser censurado por suposto cumprimento de deveres legais, quando o tipo sancionador está integrado por elementos provenientes da ilicitude administrativa ou quando haja condições objetivas de punibilidade ou de legitimação da ação sancionadora.” (OSÓRIO, 2005, p. 343 et seq.).

78 OSÓRIO, 2005, p. 379.

79 OSÓRIO, 2005, p. 343; SILVA, P. R. C., 2007, p. 297.

## 4.2 O *ne bis in idem* como direito fundamental

É necessário rever os pressupostos em que está assentada a potestade punitiva exercida pela Administração Pública brasileira. A coisa julgada, que visa à garantia das pessoas em face do exercício do poder punitivo, torna insustentável a completa autonomia e a independência das formas pelas quais se manifesta o poder punitivo. A autonomia das instâncias penal e administrativa geral não se sustenta no modelo de Estado de Direito constitucionalmente estabelecido, visto que ela se mantém com o cerceamento de direitos fundamentais nas esferas administrativa e judicial cível<sup>80</sup>.

A teoria da unidade do poder punitivo, por considerar a repressão estatal de forma global, impõe que os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo sejam aplicados a todas as suas formas de manifestação. O emprego dessa teoria e, conseqüentemente, da vedação de *bis in idem* na relação entre as instâncias não apenas é amparada pela CRFB/88, mas imposta por ela, em seu art. 5º, §2º, que contém a cláusula de ampliação dos direitos fundamentais.

### 4.2.1 A teoria da unidade do poder punitivo

A vedação de *bis in idem* é decorrência lógica do reconhecimento de que as sanções impostas pela Administração integram o poder punitivo por inexistirem critérios materiais que justifiquem a autonomia das diversas formas de repressão estatal<sup>81</sup>. Como as penas cominadas pela Administração não se justificam autonomamente em relação àquelas aplicadas pelo Poder Judiciário, as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*.

A teoria da unidade do poder punitivo estatal considera que as instâncias punitivas são interdependentes.<sup>82</sup> A atribuição do poder punitivo a diversos

---

80 CORACINI, 2004b, p. 273.

81 SOTOMAYOR, 2008, p. 30.

82 “Portanto, ainda que exista mais de uma norma sancionadora aplicável a um único ilícito, independentemente de sua natureza jurídica ou instância punitiva (se administrativa ou judicial), se as sanções nelas prescritas forem destinadas a exercer a mesma função preponderante, seja ela punitiva ou ressarcitória, não poderá ocorrer cumulação. [...] A cumulação de sanções repressivas, por sua vez, também não supera o crivo imposto pelo princípio do *ne bis in idem*, porquanto a duplicidade (ou multiplicidade) de manifesta-

órgãos da estrutura estatal não o desqualifica como o que ele realmente é: repressão ao descumprimento de obrigações jurídicas. Do ponto de vista constitucional, sua reiteração é desproporcional, ainda que legislativamente prevista, quando se utiliza o mesmo mecanismo, mais de uma vez, contra a mesma pessoa, em razão dos mesmos fatos e fundamentos. No Brasil, Paulo Roberto Coimbra Silva<sup>83</sup> leciona que as sanções, ainda que reguladas por diversas disciplinas jurídicas, desde que manifesta sua natureza punitiva, integram um fenômeno deontologicamente unitário e global.

Assim, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública não é vedada, todavia, como seu exercício caracteriza ônus impostos às pessoas pelo descumprimento de obrigações legais, não pode ocorrer simultaneamente com o exercício do mesmo poder por outros órgãos estatais ou outros entes federados.

O exercício das competências estatais efetiva-se de forma diversa em razão de sua característica intrínseca. Se a atuação do Estado amplia direitos, o exercício simultâneo por diversos órgãos ou entes estatais não apenas é permitido, como é constitucionalmente determinado. Diferentemente ocorre com o poder punitivo, cujo exercício se caracteriza pela imposição da pena. Nessas hipóteses, a determinação constitucional de efetivação dos direitos fundamentais limita o exercício do poder punitivo, tendo em vista que ele se caracteriza pela restrição a direitos, as normas que o regulam devem ser interpretadas em favor das pessoas submetidas ao controle estatal.

As penas e as sanções aplicadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal possuem em comum a natureza repressiva. E não é só, pois com exceção da pena privativa de liberdade, da extinção de associações e da cassação de direitos políticos, as restrições impostas como penas são as mesmas em ambas as esferas. O reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais.

A CRFB/88 determina que é objetivo do Estado a construção de um tipo específico de sociedade, de forma que a manutenção da comunidade

---

ções das potestades punitivas do Estado, sejam administrativas e/ou judiciais, em decorrência da prática de um mesmo ilícito, subsumível a diferentes normas punitivas de idêntica ou diferente natureza jurídica, inegavelmente enseja uma plúrima valorização e punição de um único fato reprochável." (SILVA, P. R. C., 2007, p. 304 et seq.).

83 SILVA, P. R. C., 2007, p. 304.

não justifica toda e qualquer intervenção estatal nos direitos fundamentais. A convivência social somente fundamenta a intervenção estatal se destinada a promover a sociedade prevista no art. 3º da CRFB/88; portanto, a sociedade que efetiva os direitos fundamentais.

Como a imposição de penas constitui limitação a esses direitos, a simples invocação da convivência social não fundamenta o uso do poder punitivo estatal, pois esse poder tende a ultrapassar os limites constitucionais que lhe são estabelecidos<sup>84</sup>.

Nesse contexto, a teoria da unidade do poder punitivo, por concretizar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, suplanta a teoria da autonomia e independência das instâncias.

#### 4.2.2 O *ne bis in idem* como direito fundamental reconhecido pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88

Os direitos fundamentais se caracterizam por garantirem um *status* de liberdade às pessoas e por sua essencialidade na ordem jurídica de determinado estado; e impõem aos órgãos e poderes do Estado o dever de sua concretização<sup>85</sup>. Esse dever torna ilegítimas e inconstitucionais medidas estatais que não efetivam a finalidade constitucionalmente atribuída ao Estado de realização dos direitos fundamentais.

O *ne bis in idem* é reconhecido como direito fundamental em ordenamentos jurídicos europeus e, na Espanha, sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa não decorreu de expressas normas constitucionais ou legais.

A caracterização do *ne bis in idem* como direito fundamental não expresso também é defendida pela doutrina nacional, embora alguns autores o classifiquem como direito fundamental autônomo e outros, como derivado de princípios constitucionais expressos.<sup>86</sup>

---

84 SABBATINE, 2009, p. 98.

85 SARLET, 2005, p. 346 e 352.

86 Como o *ne bis in idem* é aceito em diversos países, nem sempre com base em previsão constitucional expressa, os autores questionam sua natureza. Alguns defendem que o *ne bis in idem* é princípio geral do direito, outros defendem que se trata de regra jurídica, e outros o qualificam como direito fundamental. Segundo Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 293 et seq.), “Muito embora seja por alguns qualificado como uma regra jurídica e por outros elevado ao *status* de direito fundamental, na atualidade a maior parte dos autores consideram o *ne bis in idem* como princípio geral do Direito. Por esse motivo, mais recentemente, reconheceu-se sua aplicação mais abrangente extensível a todos os ramos jurídicos em que se verifique o exercício de potestade sancionadora [...]”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *ne bis in idem* é direito fundamental<sup>87</sup> não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88, o qual prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. A relação do *ne bis in idem* com os princípios e direitos expressos na CRFB/88 e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional.

Rodolfo Tigre Maia<sup>88</sup>, ao tratar do tema na esfera penal, defende que o *ne bis in idem* constitui direito fundamental não expresso, reconhecível constitucionalmente pelo dispositivo citado, tendo em vista sua relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com os princípios penais da culpabilidade (art. 5º, XLVI,), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e,), entre outros:

Tendo-os por suficientes para comprovação de sua materialidade, porém, por serem nessas hipóteses mais evidentes e profundos os liames, cogitaremos apenas dos seus vínculos, respectivamente, com (a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada e com (b) o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em nossa perspectiva, ainda, a ligação entre o *ne bis in idem* (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, é o sopesamento plúrimo de todos os seus subprincípios, a saber: o da adequação ou idoneidade, o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade (em sentido estrito), que permitirá constatar a efetiva observância desse vetor hermenêutico na hipótese enfrentada.<sup>89</sup>

---

87 “De acordo com isso, se o princípio *non bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto na Constituição Federal, significa que possui *status* constitucional e, nesse sentido, pode-se dizer que está previsto naqueles preceitos que tutelam o direito à liberdade e sua positivação, por conseguinte, assenta no mesmo art. 5º, §2º. [...] Tendo em vista o teor de tal preceito, já afirmaram Grinover, Fernandes e Gomes Filho que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto 678, de 06/11/92, em nível constitucional (art. 5º, §2º), prevê, no seu art. 8º, nº 4, expressamente o princípio *non bis in idem*. A isso acrescentamos, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto 4.388, de 25/09/2002, que prevê, igualmente de forma expressa, o princípio *non bis in idem*, em seu art. 20.” (SILVA, P. R. A., 2008, p. 291 et seq.).

88 MAIA, 2005, p. 57 et seq.

89 MAIA, 2005, p. 58.

Esse autor destaca que o *ne bis in idem* situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos em razão de sua inegável essencialidade para a garantia de outros direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional<sup>90</sup>.

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa. A CRFB/88 garantiu expressamente o devido processo legal na esfera administrativa; todavia interpreta-se a cláusula do devido processo legal de forma restrita, limitada aos direitos formais de defesa, também garantidos nos processos administrativos de forma autônoma pela mesma Constituição.

Fábio Medina Osório<sup>91</sup> defende que o reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem*, no direito brasileiro, é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido e da garantia de *devido processo legal*, de forma que sua aplicação não se condiciona a existência de outras normas legislativas. O *ne bis in idem* é essencial à efetivação do devido processo legal substancial e caracteriza direito de defesa dos acusados contra processos punitivos reiterados, por estabelecer competência negativa aos poderes públicos, no âmbito da intervenção na esfera privada<sup>92</sup>.

O devido processo legal limita a atuação punitiva do Estado ao determinar que o poder punitivo somente se exerça em contexto que permita a defesa material do acusado. Essa condição não ocorre se a ordem jurídica admite que o Estado possa desconsiderar a defesa apresentada pelo acusado por meio da instauração de novos processos punitivos em relação ao mesmo ilícito.

O *ne bis in idem* garante que o devido processo legal seja observado pelo Estado, pois permite que a pessoa condenada ou absolvida possa invocar a seu favor as penas anteriormente aplicadas, os fatos considerados comprovados pelo próprio Estado e a absolvição anteriormente estabelecida por órgãos estatais. Da mesma forma, impede que o Estado se valha de processos diferenciados, por várias vezes, contra as mesmas pessoas, reduzindo

---

90 MAIA, 2005, p. 53 et seq.

91 OSÓRIO, 2005, p. 362.

92 SARLET, 2005, p. 349.

os requisitos necessários para a condenação em cada um deles, até que se obtenha a punição.

A limitada aceitação, na ordem jurídica nacional, do *ne bis in idem* à esfera penal submete as pessoas à instabilidade de suas ações, pois “litígios que podem ser julgados indefinidamente privam o indivíduo da *Rechtssicherheit* [segurança jurídica], tornado inane toda a atribuição (merecedora de tutela) gerada por uma pronúncia *transitata in rem iudicatam* [transitada em julgado]”<sup>93</sup>. O exercício do poder punitivo nesse contexto não gera segurança jurídica, nem garante racionalidade às decisões estatais, pois possibilita decisões estatais contraditórias em relação aos mesmos fatos<sup>94</sup>.

O *ne bis in idem* também é essencial à materialização da *coisa julgada*. Esse instituto constitui limite ao Poder Legislativo (*a lei não a prejudicará*) impeditivo à criação de instâncias punitivas que afastam sua proteção. Portanto, basear-se em dispositivos legais para fundamentar a independência de instâncias e a reiteração punitiva é retirar da coisa julgada sua proteção em face da atuação legislativa. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia decide que a “decisão firme”, com *status* de coisa julgada, pode caracterizar-se ainda que nenhum órgão jurisdicional tenha se pronunciado sobre a matéria.

Mesmo que o *status* de coisa julgada seja atribuído exclusivamente a decisões judiciais, a reiteração punitiva, em diversas instâncias, ofende sua intangibilidade ao permitir que a Administração se pronuncie em relação a litígios sobre os quais já houve decisão judicial transitada em julgado.

A coisa julgada visa a garantir segurança jurídica, motivo pelo qual veda que os conflitos decididos pelo Poder Judiciário sejam revistos. A teoria da independência de instâncias, ao fundamentar a autonomia de pronunciamentos administrativos contrários à decisão judicial, retira dessa decisão sua capacidade de resolver definitivamente os conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

Ainda que não se reconheça o caráter de “firme” às decisões administrativas – o que é possível para ampliar os direitos fundamentais, mas não para restringi-los – não se pode permitir que os conflitos se eternizem, nem a submissão das pessoas a esferas punitivas intermináveis. Nesse sentido, o reco-

---

93 CORDI, 2008, p. 105 et seq.

94 OSÓRIO, 2005, p. 356 et seq.

nhecimento do *ne bis in idem* é necessário à efetivação da *segurança jurídica*.<sup>95</sup>

Tendo em vista a identidade ontológica dos ilícitos, a reiteração punitiva caracteriza *ofensa à proibição de excesso*. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Peruano<sup>96</sup> baseia-se no *princípio da proporcionalidade* para fundamentar a proibição de *bis in idem*, ainda que a Constituição do Peru não contivesse expressa vedação de punição penal e administrativa pelos mesmos fatos.

A doutrina brasileira também defende a proporcionalidade como fundamento do *ne bis in idem*<sup>97</sup>. Esse princípio, em sua vertente da proibição de excesso, é adotado pelo STF como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, concernente ao poder punitivo.<sup>98</sup>

Em face das relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente garantidos na CRFB/88, a ausência de sua previsão constitucional expressa não impede que os tribunais reconheçam seu *status cons-*

---

95 Fábio Medina Osório (2005, p. 357 et seq.) demonstra a vinculação entre o *ne bis in idem* a segurança jurídica: “Também resultam afetadas pela proibição constitucional de *bis in idem* as normas de Direito material, a incidência dos tipos sancionadores ou das penas, exigindo-se, nesse passo, a compatibilização dos ramos jurídicos dentro do Direito Punitivo globalmente considerado. O postulado da racionalidade imanente ao Estado Democrático de Direito se operacionaliza pelo princípio em exame, do qual deriva vedação a que o Estado possa criar expectativas legítimas e quebrar relações de confiança na esfera punitiva, contradizendo seus próprios atos, desfazendo seus próprios passos, retornando sobre suas “pegadas”, tudo a confundir e gerar perplexidade nos cidadãos. A segurança jurídica, alicerçada na confiança, pressupõe densidade normativa ao princípio do *non bis in idem*. A idéia de unidade estatal recomenda que os órgãos públicos punitivos apareçam perante a cidadania através de uma identidade nítida, sem posturas contraditórias, nebulosas ou incoerentes, despidas não apenas da boa-fé objetiva, mas da transparência e lealdade que tais relações exigem. A unidade do Direito Punitivo, numa vertente material, é corolário lógico da segurança jurídica e da racionalidade do Estado no manejo de normas que afetam os mais valiosos direitos fundamentais, aqueles submetidos às relações punitivas.”

96 “9. O Tribunal Constitucional assinala, a respeito do princípio *ne bis in idem*, que, embora não se encontre expressamente reconhecido na Constituição como um direito fundamental de ordem processual, trata-se de conteúdo implícito do devido processo legal que pode ser derivado dos princípios da legalidade e proporcionalidade. 10. O *ne bis in idem* é um princípio que informa o poder punitivo do Estado, o qual impede – em sua vertente material – que uma pessoa seja sancionada ou castigada duas (ou mais vezes) por uma mesma infração quando exista identidade de sujeito, fato e fundamento. Em sua vertente processual, em contrapartida, esse princípio importa que ninguém possa ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, é dizer, que um mesmo fato não pode ser objeto de dois processos distintos ou, de outra forma, que se iniciem dois processos com o mesmo objeto. Com isso impede-se a dualidade de procedimentos, assim como o início de um novo processo quando concorra a referida tríplice identidade entre ambos processos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19). (PERU, Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02197-2012-PHC/TC. Tradução livre).

97 SILVA, P. R. A., 2008, p. 293.

98 Nesse sentido o julgamento pelo STF do HC 106.442 MC/MS e do HC 103.308/SP

tucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Pelo contrário, esse reconhecimento se impõe. Segundo Fábio Medina Osório<sup>99</sup>:

A cláusula do *non bis in idem* resulta articulada e integrada no sistema constitucional, abrigando precisamente um conjunto já referido de valores constitucionais superiores, entre os quais assumem importância notável os da segurança jurídica, da racionalidade, da coerência, da boa-fé e, muito especialmente, da justiça, aí incluída, acrescento, a culpabilidade. Este princípio da vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da proporcionalidade, que permeia todo o Estado Democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando. Suas dimensões são formais e materiais, com alcances potencialmente distintos, mesmo porque o Direito ostenta vertentes processuais e materiais que se integram.

A ausência de previsão constitucional expressa do *ne bis in idem* não fundamenta sua rejeição, tendo em vista que o art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina a inserção no sistema de direitos fundamentais que sejam essenciais à concretização de direitos expressos no texto constitucional<sup>100</sup>. Esse dispositivo constitucional é cláusula de inserção de direitos fundamentais não expressos e mecanismo de efetivação dos direitos expressamente consagrados, bem como da pretensão ampliativa desses<sup>101</sup>.

#### 4.2.3 A garantia do *ne bis in idem* nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil

O art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Caracterizando-se o *ne bis in idem* como direito fundamental, seu reconhecimento não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária.

O TEDH fundamentou a vedação à dupla punição (penal e administrativa) em tratados internacionais cujos dispositivos possuem conteúdos similares aos acordos internacionais ratificados pela República Federativa

99 OSÓRIO, 2005, p. 357.

100 MAIA, 2005, p. 13.

101 MAIA, 2005, p. 17.

do Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>102</sup> e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.<sup>103</sup>

Os tratados internacionais, utilizados pelo TEDH para fundamentar a proibição de imposição de sanções penais e administrativas à mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos, referem-se, expressamente, a processos e a leis penais ou à “sentença firme”, semelhantes, portanto, aos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil.

Todavia, a literalidade daqueles textos, em afirmar a impossibilidade de dupla punição por infrações em relação às quais exista condenação ou absolvição por “sentença firme conforme a lei e o procedimento penal do Estado” (art. 4.1 do Protocolo Adicional número 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos); a referência a “delito” e a “sentença penal firme, conforme a lei” (art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia); ou exigência de “sentença firme” (art. 54 do Convênio para aplicação

102 “A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também tão-somente em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil (por meio do Decreto n. 678, de 6.11.1992). A cláusula 8ª da Convenção, que trata das garantias judiciais, em seu item estabelece que ‘O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processos pelos mesmos fatos’. Em nosso ver, a cláusula padece de inúmeras deficiências. Em primeiro lugar, parece consagrar somente a vertente processual do princípio, proibindo tão-somente o duplo processo, ainda que se possa implicitamente considerar que também veda o duplo sancionamento. Em segundo lugar, refere apenas as hipóteses de absolvição, quando a garantia se aplica da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado. Em terceiro lugar, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide outras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados pelas mesmas razões. De positivo destaca-se que o preceptivo proíbe o novo processo ‘pelos mesmos fatos’. Neste exclusivo aspecto, isso torna essa versão da cláusula mais abrangente que o diploma internacional analisado anteriormente.” (MAIA, 2005, p. 42 et seq.).

103 “O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, embora tenha sido aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 16.12.1966, apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu artigo 14 estabelece que ‘Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.’ De sua própria inserção sistêmica no referido diploma transnacional resulta claro existir um relativo consenso entre as nações acerca da fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem*. Na realidade, todavia, demonstra-se extremamente ambígua e limitada a garantia aqui prevista. Isso se dá (a) por força do emprego da expressão ‘delito’ como parâmetro do *idem* em vez do termo ‘fato’, tornando mais fluida a identificação da existência de duplicidade de julgamentos ou de punições em razão das diferentes acepções que aquele vocábulo assume nas diferentes ordens jurídicas nacionais; (b) em razão da exigência de uma sentença penal transitada em julgado, o que reduz a garantia na sua seara processual, uma vez que implicitamente possibilita a convivência de diversos processos ao mesmo tempo, ainda que em diferentes estágios procedimentais; e, sobretudo, em termos de projeção internacional do princípio, (c) diante da ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras frequentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada ou de territorialidade absoluta [...]” (MAIA, 2005, p. 41 et seq.).

do Acordo de Schengen), não impediram que o TEDH e o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecessem o *ne bis in idem* como garantia fundamental em relação ao poder punitivo geral e não apenas na esfera penal.

Os tratados ratificados pela República Federativa do Brasil permitem aplicar o *ne bis in idem* nas relações entre a esfera penal e administrativa geral. Esses tratados garantem interpretação mais ampla em relação ao *ne bis in idem* que aqueles utilizados pelo TEDH para caracterizá-lo como direito fundamental.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678, de 06/11/1992) dispõe, em seu art. 8º, que “*o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992) estabelece, na cláusula 7 de seu art. 14, que “*ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país*”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não possui aplicabilidade restrita à esfera penal, pois estende sua proteção aos “acusados”, não a limita à absolvição por “crime”, mas se refere a “fatos”, e exige sentença transitada em julgado, sem se referir à sentença ou ao processo penal.

O texto dessa Convenção, em sua literalidade, determina que o poder punitivo, identificado pela presença do “acusado”, exercido por órgãos jurisdicionais, decorrente da exigência de sentença transitada em julgado, não seja reiterado em outros âmbitos punitivos. Portanto, o acusado absolvido por sentença penal não pode ser processado em outra esfera judicial ou administrativa pelos mesmos fatos. Da mesma forma, o acusado absolvido por sentença transitada em julgado na esfera cível (ex.: por improbidade administrativa) não pode ser novamente processado pelos mesmos fatos na instância penal.

O trânsito em julgado da sentença absolutória impede novo processo que vise à punição pelos mesmos fatos e essa garantia não se limita ao processo judicial, mas é aplicável também às instâncias administrativas. A literalidade do dispositivo demonstra que, diferentemente da leitura da teoria da independência das instâncias, aplicada pelo STF, o ordenamento jurídico pátrio garante, expressamente, a interdependência entre as vias punitivas.

Rodolfo Tigre Maia<sup>104</sup> leciona que a norma da Convenção ainda é passível de questionamentos, de forma que sua aplicação merece o cuidado da doutrina e da jurisprudência. Ao se referir apenas a acusado “absolvido”, poder-se-ia gerar dúvidas quanto à nova punição de acusados “condenados” ou possibilitar a simultaneidade de processos punitivos, por estabelecer a garantia apenas em razão de sentença transitada em julgado.

Essa norma deve ser integrada pela cláusula 7 do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que estabelece a proibição de novo processo em relação a *delito* pelo qual a pessoa já foi *absolvida* ou *condenada* “por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.”

Embora faça referência a delito, a vedação incorpora os fatos objetos de julgamento em processos penais. A pessoa condenada ou absolvida, em processo penal, não poderá ser novamente processada (*ne bis in idem* processual) ou punida (*ne bis in idem* material) em qualquer esfera pelos mesmos fatos. A garantia deve ser aplicada ainda que a legislação atribua nomenclatura diversa aos fatos sobre os quais recai o julgamento ou à diversa autoridade a competência para investigar e punir os fatos versados na sentença penal transitada em julgado.

A proscrição à reiteração punitiva não se limita ao campo penal, pois o pronunciamento judicial quanto às infrações penais impede que quaisquer autoridades estatais se manifestem em relação aos fatos que as constituam.

Como a coisa julgada tem por finalidade proteger as pessoas contra alteração de situações decididas pelo Poder Judiciário, ela não pode ser invocada para limitar os direitos de defesa. Portanto, sua inexistência não constitui obstáculo ao direito fundamental de não responder a inúmeros processos punitivos perante o Estado pelos mesmos fatos.

Por fim, não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas.

A CRFB/88 omitiu-se quanto ao poder punitivo exercido pela Administração nas relações gerais que o Estado mantém com as pessoas e a essa situação se referiu em escassos dispositivos.<sup>105</sup> Nesse quadro, a interpreta-

---

104 MAIA, 2005, p. 42 et seq.

105 Outros dispositivos que mencionam as sanções administrativas aplicadas pelo descumprimento de

ção daquele dispositivo no sentido de que ele determina que atividades lesivas ao meio ambiente sejam simultaneamente punidas nas vias penal e administrativa não é compatível com os princípios assegurados no texto da CRFB/88, nem com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.

Essa norma é uma ordem ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente, no caso de infrações cometidas por meio de pessoas jurídicas. Na ordem jurídica anterior à CRFB/88, a proteção ao meio ambiente, em relação às condutas ilícitas imputadas às pessoas jurídicas, exerceu-se exclusivamente pelo Direito Administrativo Sancionador, o que se procurou alterar com essa Constituição.

A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos, pois *há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras, como infrações administrativas*. O fato de a CRFB/88 prever a punibilidade nas vias penal e administrativa não implica que tais penalidades tenham que se impor (ou possam se impor) simultaneamente em razão dos mesmos fatos em ambos os domínios. O texto do dispositivo expressa a cumulatividade das sanções civis (reparatórias) com as sanções penais ou administrativas pelo mesmo fato, sem que se possa afirmar que há determinação dessa cumulação em relação à aplicação das sanções punitivas (administrativa e penal).

O dispositivo impõe que o Poder Legislativo estabeleça sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente, o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente. Daí, todavia, não decorre a possibilidade de que os mesmos fatos sejam puníveis em ambas as instâncias.

---

normas gerais são: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho [...]” “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

## 5. Conclusão

O texto demonstra que, nas últimas décadas, alguns países passaram a adotar a teoria da unidade do poder punitivo estatal. Em conformidade com essa teoria, embora seja possível, com fundamento nas normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa geral, essas infrações e sanções não são distinguíveis materialmente.

Nesse contexto, a teoria da unidade do poder punitivo fundamenta e defende a aplicação de princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal também à esfera administrativa. Sustenta-se a existência de princípios comuns à repressão estatal, entre os quais se inclui a vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa.

O *ne bis in idem* é entendido como direito fundamental e possui uma vertente processual e outra material. A primeira objetiva impedir a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos, independentemente do resultado do processo anterior, fundando-se nos princípios de segurança e nos efeitos negativos da coisa julgada. Já seu aspecto material impede a aplicação de mais de uma punição pelos mesmos fatos.

Na Espanha, embora a Constituição de 1978 não o preveja expressamente, nem como princípio geral do Direito, nem como regra, nem como direito fundamental, a jurisprudência reconheceu a incidência do *ne bis in idem* na relação entre as vias penal e administrativa. O primeiro pronunciamento foi feito pelo TCE por meio de sua STC 02/1981 que, com fundamento no princípio da legalidade, reconheceu sua natureza constitucional e caracterizou-o como princípio geral do direito. Também fundamentam sua aplicação na ordem espanhola o princípio da proporcionalidade, a coisa julgada, a segurança jurídica, a proibição de arbitrariedade e a exigência de racionalidade, institutos previstos na CE/1978.

Uma das principais consequências da aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola é a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vincula a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilita punição administrativa às pessoas penalmente condenadas e exige que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

Já na ordem jurídica brasileira, a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação por parte da

doutrina e da jurisprudência. Da mesma forma, a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* que são inteiramente acolhidas pela jurisprudência. Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

Todavia, o reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais. Por isso, defende-se que a teoria da unidade do poder punitivo, por concretizar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, suplanta a teoria da autonomia e independência das instâncias.

O *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88. Sua relação com os princípios e direitos expressos na CRFB/88 e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional.

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos e garantias constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa geral. Em virtude das relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente garantidos na CRFB/88, a ausência de expressa previsão constitucional a seu respeito não impede que os tribunais reconheçam seu *status* constitucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Pelo contrário, esse reconhecimento se impõe.

Ademais, caracterizando-se o *ne bis in idem* como direito fundamental, seu reconhecimento e aplicação, inclusive na relação entre as instâncias penal e administrativa, não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Por fim, não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas. Essa norma é uma ordem

ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente. A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos: há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras, como infrações administrativas. O dispositivo impõe que o Poder Legislativo estabeleça sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente, o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração de competência para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente. Daí, todavia, não decorre a possibilidade de que os mesmos fatos sejam puníveis em ambas as instâncias.

## Referências

- CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 06 mar. 2012.
- CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder administrativo sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa*. 2005. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 50, p. 237-279, set. out/2004b.
- CORDI, Lorenzo. O princípio do *ne bis in idem* na Europa. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, n. 01, v. 3, p. 81-129, jan./jun. 2008.
- JALVO, Belém Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 162, p. 175-188, set./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.cepc.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>>. Acesso em: 06 mar. 2012.
- KRELL, Andreas J. As competências administrativas do artigo 23 da CR, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de polícia”.

- Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5 n. 20, p. 53-71, jul./ago. 2003.
- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Infrações administrativas ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei n. 3.467/00. *Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 20, v. 9, p. 339-265, jan./jul. 2002.
- MOLINÉ, José Cid, Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 131-172, mai./ago. 1996. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PERU, Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02197-2012-PHC/TC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02197-2012-HC.html>>. Acesso em 06/03/2013.
- PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O Estado Democrático de Direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. *Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, Jacareizinho, n. 10, p. 69-102, jan./jun. 2009.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, jan. 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao *non bis in idem* e violação

à proibição de excesso. *Revista Ciência Jurídica ad litteras et verra*, Belo Horizonte, ano XXII, v. 141, p. 289-300, mai./jun. de 2008.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. O princípio *ne bis in idem* e sua vertente substancial na repressão ao ilícito fiscal. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul./ago. 2007.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2012.

Recebido em 8 de março de 2017.

Aprovado em 18 de abril de 2018.