



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luísa Tramarin Hoffmann

**A vedação ao *bis in idem* no regime sancionador da improbidade administrativa:**  
uma análise garantista a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021

Florianópolis

2022

Luísa Tramarin Hoffmann

**A vedação ao *bis in idem* no regime sancionador da improbidade administrativa:**  
uma análise garantista a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito  
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
de Santa Catarina como requisito para a obtenção do  
título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Henrique U. Cademartori, Dr.  
Coorientador: Daniel Rocha Chaves, Dr.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Hoffmann, Luísa Tramarin

A vedação ao bis in idem no regime sancionador da improbidade administrativa : uma análise garantista a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 / Luísa Tramarin Hoffmann ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, coorientador, Daniel Rocha Chaves, 2022.  
117 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito administrativo sancionador. 3. Improbidade administrativa. 4. Ne bis in idem. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Chaves, Daniel Rocha. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Luísa Tramarin Hoffmann

**A vedação ao *bis in idem* no regime sancionador da improbidade administrativa:**  
uma análise garantista a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 21 de julho de 2022.

---

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.  
Orientador

---

Daniel Rocha Chaves, Dr.  
Coorientador

---

Ronaldo David Viana Barbosa, Me., Doutorando PPGD/UFSC  
Avaliador

---

Glexandre de Souza Calixto, Mestrando PPGD/UFSC  
Avaliador

## AGRADECIMENTOS

Direciono meus primeiros agradecimentos ao meu orientador, Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, e ao meu coorientador, Daniel Rocha Chaves, por me guiarem até aqui com enriquecedoras contribuições, e pela tranquilização que me proporcionaram. Aos membros da banca, sou muito grata por terem aceitado o convite e se interessado pela pesquisa.

Passo a igualmente agradecer às pessoas que, mesmo indiretamente, contribuíram para a realização do presente trabalho, pois foram essenciais em minha trajetória.

Primeiro, agradeço imensamente à minha mãe, Nilda Tramarin Hoffmann, pelo amor e apoio incondicional, pela educação, pelos conselhos e colos em momentos difíceis, e por sempre sonhar junto comigo todos os meus sonhos, em todas as áreas da vida; e ao meu pai, Clovis Hoffmann, por todo o amor, carinho e pelo incentivo aos estudos que sempre tive a sorte de ter. Aliás, também não posso deixar de agradecê-lo por ter plantado em minha cabeça a sementinha do “leque de oportunidades” do direito em um ano caótico de pré-vestibular.

Na pessoa do meu irmão, Arthur Hoffmann, agradeço a todos os meus familiares, por me inspirarem, cada qual da sua forma, e por torcerem por mim.

Agradeço aos amigos da faculdade, pelo companheirismo ao longo desses quase cinco anos: André, Bianca, Betina, Dani, Duda, Felipe, Julia, Matheus, Marcelle, Natacha, Rafael, Tiago, Theo, e tantos outros amigos e colegas que admiro. Um especial agradecimento à Ana Clara e ao Vinícius, que estiveram ao meu lado desde o início (lê-se: primeiro dia de aula do primeiro período), me alegrando e me acalentando o coração em momentos de preocupações (acadêmicas ou não). Igualmente agradeço aos grandes amigos que fiz no Colégio de Aplicação: Joana, João Gabriel, Luiza, Maria Eduarda, Yasmin e Artur, os quais, no mesmo contexto em que fui acolhida pela UFSC, também me acolheram e permanecem, até hoje, como amigas essenciais; e às minhas amigas de mais longa data, Carolina e Larissa.

Na pessoa de Gianka Tomazine, agradeço a todos os incríveis e inspiradores profissionais com quem tive a oportunidade de aprender a prática do direito.

Agradeço à Prof<sup>a</sup> Chiavelli Falavigno, por me orientar em meus primeiros passos na pesquisa científica, por meio do Programa PIBIC/CNPq. Em sua pessoa, agradeço a todos os demais professores que passaram pela minha trajetória, pela paciência de ensinar.

Enfim, agradeço à todas as pessoas que influenciaram minha história nos últimos cinco anos e que contribuíram, direta ou indiretamente, para que eu trilhasse meu caminho até aqui.

"[...] o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado."

(FERRAJOLI, 2002, p. 693)

## RESUMO

A presente monografia possui como temática central o novo sistema de repressão à improbidade administrativa introduzido pela Lei 14.230/2021, a qual promoveu substanciais modificações na Lei 8.429/1992, sobretudo no que tange à ampliação de garantias conferidas ao réu na ação judicial regida pela aludida normativa. Dentre as garantias consagradas pela Lei 14.230/2021 aos acusados de improbidade, optou-se por examinar destacadamente o *ne bis in idem* (que decorre do primado de que ninguém pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato) e sua aplicabilidade entre as distintas facetas do direito punitivo brasileiro – delimitadas, para fins do presente trabalho, ao direito penal e direito administrativo sancionador, uma vez que ambos sancionam os atos ímprobos, conforme art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988. Assim, a problemática central da pesquisa pode ser sintetizada na seguinte pergunta: “A Lei 14.230/2021 favoreceu a garantia do *ne bis in idem* em detrimento da autonomia entre as instâncias penal e de improbidade administrativa?”. Nessa esteira, utilizou-se do método indutivo e de uma metodologia descritiva para identificar, a partir de revisão bibliográfica e legislativa, as manifestações implícitas e explícitas da vedação ao *bis in idem* na Lei 8.429/1992, e, sob esse prisma, questionar o caráter absoluto do princípio da autonomia nas instâncias, à luz da necessidade de se promover maiores limitações ao *ius puniendi*. Ao final, identificou-se o art. 21, § 4º da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, como principal manifestação do *ne bis in idem* entre distintas instâncias punitivas no regime de improbidade administrativa e, concomitantemente, como relevante exteriorização do temperamento da independência entre as esferas jurídicas, movimento que tem ganhado força no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito administrativo sancionador. Improbidade administrativa. *Ne bis in idem*.

## ABSTRACT

The central theme of this undergraduate thesis is the new system of repression of administrative improbity introduced by Law 14.230/2021, which made substantial changes in Law 8.429/1992, especially regarding the expansion of the guarantees conferred to the defendant in the lawsuit covered by the aforementioned law. Among the guarantees provided by Law 14.230/2021 to those accused of improbity, we chose to examine, in particular, *ne bis in idem* (which derives from the primacy that no one can be punished or prosecuted twice for the same fact) and its applicability among the different facets of Brazilian punitive law - delimited, for purposes of this study, to criminal law and sanctioning administrative law, since both sanction improbity acts, according to art. 37, § 4 of the Federal Constitution of 1988. Thus, the central issue of the research can be summarized in the following question: "Did Law 14.230/2021 favor the guarantee of *ne bis in idem* to disregard the autonomy between the criminal and administrative improbity instances?". In this line, the inductive method and a descriptive methodology were used to identify, from a bibliographic and legislative review, the implicit and explicit manifestations of the prohibition of *bis in idem* in Law 8.429/1992, and, from this perspective, to examine the absolute character of the principle of autonomy in the instances, according to the need to promote greater limitations on the *ius puniendi*. At the end, it was identified the art. 21, § 4 of Law 8.429/1992, included by Law 14.230/2021, as the main manifestation of the *ne bis in idem* between distinct punitive instances in the administrative improbity regime and, concomitantly, as a relevant manifestation of the tempering of independence between the judicial bodies, a movement that has strengthened in Brazilian law.

**Keywords:** Sanctioning Administrative Law. Administrative improbity. *Ne bis in idem*.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACP	Ação Civil Pública
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CORSOB	<i>Commissione Nazionale per le Società e Borsa</i>
DAS	Direito Administrativo Sancionador
DF	Distrito Federal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LAC	Lei Anticorrupção
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
Rcl	Reclamação Constitucional
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
STC	<i>Sentencia do Tribunal Constitucional</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE A SISTEMÁTICA DE REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>16</b>
2.1	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.....	18
2.2	A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 14.230/2021 .....	23
2.3	A INOVAÇÃO CONCEITUAL DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E O DEBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA LEI Nº 8.429/1992: A CONTRIBUIÇÃO DE FÁBIO MEDINA OSÓRIO .....	29
<b>3</b>	<b>O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ENQUANTO PARÂMETRO PRINCIPIOLÓGICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>40</b>
3.1	AS FRONTEIRAS ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO PENAL: UM PANORAMA HISTÓRICO.....	42
3.2	A DISCUSSÃO SOBRE A UNIDADE JURÍDICA DO <i>IUS PUNIENDI</i> : A TRANSPOSIÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	47
3.3	GARANTIAS E PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 À LUZ DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	54
<b>4</b>	<b>A GARANTIA DO <i>NE BIS IN IDEM</i> ENTRE DISTINTAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>64</b>
4.1	A GARANTIA DO <i>NE BIS IN IDEM</i> E SUAS ESPECIFICAÇÕES.....	65
4.1.1	<i>Ne bis in idem</i> material .....	69
4.1.2	<i>Ne bis in idem</i> processual e a mitigação da independência entre as instâncias	71

<b>4.1.3</b>	<b><i>Ne bis in idem</i> no cenário internacional: precedentes europeus destacados.....</b>	<b>78</b>
4.1.3.1	<i>Algumas considerações sobre o panorama espanhol.....</i>	83
4.2	<b>NE BIS IN IDEM NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>87</b>
<b>4.2.1</b>	<b>A vertente material do <i>ne bis in idem</i> na Lei de Improbidade Administrativa</b>	<b>88</b>
<b>4.2.2</b>	<b>A vertente processual do <i>ne bis in idem</i> na Lei de Improbidade Administrativa e seu fortalecimento após as alterações promovidas pela Lei 14.220/2021 .....</b>	<b>91</b>
4.3	REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DO ART. 21, § 4º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	96
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>108</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>111</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Notadamente a partir do sistema jurídico constitucional instituído em 1988, um fenômeno que tem gerado intensas discussões e transformações é, sem dúvidas, o direito sancionador estatal e suas variáveis manifestações, por meio de sanções de naturezas jurídicas diversas. O presente trabalho irá abordar a incidência do poder sancionador do Estado (*ius puniendi*) nos agentes públicos que incorrerem em condutas lesivas à Administração Pública, ou, bem dizer, que cometeram atos de improbidade administrativa, e a aplicabilidade da garantia do *ne bis in idem* entre as sanções e processos sancionatórios oriundos de distintas esferas de manifestação desse poder.

Nesse desiderato, o tema eleito se justifica pela característica “multipunitiva” da tutela da probidade administrativa, efetivada por diversas instâncias de controle, o que acaba por ensejar, muitas vezes, decisões incoerentes e conflitantes entre si, bem como (e principalmente) o acúmulo excessivo de punições sobre um mesmo indivíduo, colocando em xeque determinados princípios, garantias e direitos fundamentais. Apesar disso, esse aspecto encontra respaldo no – tradicional, mas controverso – princípio da autonomia das instâncias e nas próprias disposições da Constituição Federal de 1988, a qual atribui especial gravidade aos atos que atentam contra a moralidade e a probidade da Administração Pública, mormente em seu art. 37, § 4º, temática a ser retratada no primeiro capítulo do trabalho.

A opção por realizar a abordagem delimitada ao ponto de vista da improbidade administrativa se justifica, também, pelas novíssimas alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), em um verdadeiro espírito reformador da sistemática de responsabilização do agente público (e equiparados) por essa espécie de ilegalidade.

Por oportuno, além de ressaltar os objetivos traçados pela pesquisa realizada, cumpre mencionar, inicialmente, o que não se pretende abordar no presente estudo.

Assim, deve-se esclarecer que se optou por realizar a abordagem da temática do *ne bis in idem* de forma restrita somente à esfera penal e de improbidade administrativa. Não se olvida da importância das demais esferas de responsabilidade que incidem sobre os atos ímprobos. Contudo, tendo em vista os recentes debates travados na doutrina e jurisprudência nacional e internacional acerca das consideráveis semelhanças entre o direito penal e o direito administrativo sancionador (sendo este último o ramo jurídico regente da improbidade administrativa), bem como as recentes alterações legislativas que ampliaram a

comunicabilidade entre essas duas esferas punitivas no âmbito da Lei 8.429/1992, o enfoque da pesquisa se dará nesse sentido.

Sob esse prisma, diante da delimitação eleita, o presente trabalho não adentrará de forma aprofundada em discussões acerca das relações entre as instâncias administrativa *strictu sensu* (referente, por exemplo, aos processos administrativos disciplinares para aferir a responsabilidade de servidor público, como no caso dos servidores federais, via Lei 8.112/1990), política (referente, sobretudo, à responsabilização por crimes de responsabilidade, como no caso da Lei 1.079/1950, para certos agentes políticos de primeiro escalão) ou cível (tanto no sentido de ações individuais, quanto em relação às ações pertencentes ao microsistema coletivo, como Ação Civil Pública e a Ação Popular).

No primeiro capítulo, será realizada uma contextualização da improbidade administrativa não apenas sob a ótica constitucional, mas também do ponto de vista prático, abordando-se as problemáticas atinentes à Lei 8.429/1992 pré-reforma, apontada como propulsora de um manejo excessivo de ações de improbidade, na medida em que seus preceitos vagos e indeterminados permitiam a interpretação extensiva com viés punitivo por parte do aplicador da lei.

Em seguida, serão explicitados os principais elementos estruturantes da Lei de Improbidade Administrativa em sua nova redação, notadamente as sanções nela dispostas, as quais serão objeto de análise quanto à sua natureza, a partir da abordagem dos embates doutrinários a respeito do conceito de sanção administrativa à luz do ordenamento jurídico nacional. O foco da análise prestigiou Fábio Medina Osório<sup>1</sup>, na medida em que os aportes do autor trouxeram inovações essenciais ao desenvolvimento da temática nos últimos anos.

No segundo capítulo, partir-se-á a uma análise mais ampla, focada no direito administrativo sancionador enquanto parâmetro principiológico, a guiar a interpretação e aplicação da Lei 8.429/1992, conforme disposição expressa no art. 1º, § 4º da LIA. Nesse aspecto, serão analisadas as relações desse ramo jurídico com o direito penal e o desenvolvimento histórico de ambas as órbitas sancionatórias, com foco, sobretudo, nos fenômenos da “administrativização” do direito penal e da “penalização” do direito administrativo sancionador, bem como na discussão sobre a unidade jurídica do poder punitivo do Estado.

---

<sup>1</sup> Quanto ao autor, foram de grande importância para esse estudo as obras “Direito Administrativo Sancionador”, publicada em 2022, e “Teoria da Improbidade Administrativa”, publicada em 2018, devidamente referenciadas na bibliografia ao fim do trabalho.

À vista disso é que serão examinadas as garantias e princípios jurídicos aplicáveis ao direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, à responsabilização por improbidade administrativa, à luz de um modelo garantista<sup>2</sup> de Estado de Direito, haja vista que o direito administrativo sancionador carece de maiores aprofundamentos na doutrina brasileira – em que pese seu crescente desenvolvimento teórico-dogmático no âmbito internacional.

Nessa senda, parte-se da hipótese de que a Lei 14.230/2021 objetivou fortalecer o viés garantista no âmbito da improbidade, uma vez que se trata de novo terreno fértil para ser desenvolvido e explorado à luz das garantias constitucionais. Dentre essas garantias, está o *ne bis in idem* – foco do presente trabalho – cujo conceito, tipologia, histórico e aplicabilidade serão perlustrados no terceiro e último capítulo, à luz da necessidade de se limitar a manifestação múltipla do poder punitivo estatal, em diversas instâncias, sobre um mesmo indivíduo, em razão de um único fato.

Far-se-á, também, uma breve análise de precedentes internacionais destacados, principalmente, do sistema comunitário europeu de proteção aos direitos humanos, que há mais tempo vem se preocupando em discutir a garantia do *ne bis in idem* e a harmonização entre instâncias punitivas. Ainda no aspecto internacional, confere-se especial atenção à Espanha, cuja Constituição Federal estabelece maiores limites ao direito administrativo sancionador.

Desta feita, de maneira geral, o tema também se justifica (i) pela escassez do estudo e sistematização da garantia do *ne bis in idem* entre poderes sancionatórios distintos sob a perspectiva do ordenamento jurídico pátrio e (ii) pela recenticidade dos debates sobre o ramo do direito administrativo sancionador no Brasil, não tão avançados quanto no direito estrangeiro, razão pela qual merecem uma maior atenção acadêmica, especialmente quanto aos princípios e garantias que regem esse ramo jurídico, ante o seu elementar caráter repressivo.

Pretende-se, portanto, responder aos seguintes questionamentos: (i) A Lei 14.230/2021 ampliou as garantias processuais aos acusados de improbidade administrativa? (ii) As alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021 trouxeram novas manifestações da garantia do *ne bis in idem* entre esferas sancionadoras distintas no ordenamento jurídico brasileiro? (iii) A tradicional autonomia entre as instâncias punitivas da improbidade administrativa foi mitigada pelas disposições introduzidas pela Lei 14.230/2021?

O trabalho será realizado por meio de pesquisa qualitativa, utilizando-se de revisão bibliográfica e análise legislativa (especialmente Código Penal, Código de Processo Penal,

---

<sup>2</sup> A expressão refere-se à Teoria Geral do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, cujos meandros atinentes a este trabalho serão devidamente explicitados no tópico 3.3.

Constituição Federal de 1988 e Lei 8.429/1992, com as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021). O método de abordagem utilizado será o indutivo, de modo que, a partir da análise com enfoque na sistemática de repressão à improbidade administrativa e seus princípios norteadores, serão analisados os desdobramentos da garantia do *ne bis in idem* e sua aplicabilidade entre as distintas facetas do direito punitivo brasileiro.

## **2 NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE A SISTEMÁTICA DE REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O Estado Democrático do Direito objetiva garantir e concretizar os valores liberdade, justiça e solidariedade. Contudo, essa forma de Estado, como se conhece hoje, é relativamente recente no Brasil<sup>3</sup>, tendo sua fragilidade apontada pela doutrina constitucionalista, razão pela qual necessita de uma organização e estruturação administrativa forte e consolidada. Nessa toada, as violações à democracia e aos princípios constitucionais que sustentam o Estado e a Administração Pública reduzem a sua mobilidade e debilitam o próprio sistema, impossibilitando o alcance dos fins almejados pela Constituição Federal de 1988 (CAVALCANTI, 2021, p. 36).

Nessa dimensão, o direito administrativo adquire especial importância, na medida em que cuida de disciplinar as relações e normas jurídicas relacionadas à tutela e materialização de interesses públicos, preocupando-se com a garantia de direitos individuais, sociais, difusos e coletivos amparados na Constituição Federal e no Estado Democrático de Direito, como projeção da cidadania e da dignidade da pessoa humana enquanto fundamentos republicanos (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 84).

Desta feita, o direito administrativo pode ser definido como “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (MEIRELLES, 2020, p. 42).

Trata-se, em síntese, de um campo do direito público cujo objeto recai em órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus interesses e fins (DI PIETRO, 2020, p. 177).

Para a consecução desses fins, o administrador público precisa observar o dever de moralidade e probidade, o qual está constitucionalmente integrado em sua conduta para que sejam legitimados os seus atos, visando o interesse público. A palavra “probidade” é relacionada diretamente à ética, a moral, a honestidade, a retidão de conduta, a lealdade, aos bons costumes e à justiça.

---

<sup>3</sup> Note-se que a atual Constituição Federal, que constituiu uma espécie de ato final do processo de redemocratização do país após um longo período de ditadura militar, foi promulgada em 1988, isto é, possui pouco mais de 30 anos de existência.

O dever de probidade é atrelado ao direito fundamental do cidadão à boa administração, definido como o direito à administração pública eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. O Estado Democrático, em seu compromisso com a cidadania, tem a responsabilidade de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009, p. 22).

A responsabilização do administrador público decorre da violação desse dever perante o Estado, que se relaciona com obrigações éticas e funcionais, de fazer ou deixar de fazer, atribuídas ao agente público. A obrigação prevista em lei penal ensejará responsabilidade de igual natureza, o que implica, evidentemente, punições de natureza penal (como, por exemplo, a pena privativa de liberdade). A obrigação de natureza administrativo-disciplinar ensejará responsabilidade administrativa, da qual decorrem punições tipicamente administrativas (ex.: demissão do servidor). A obrigação meramente civil implicará a responsabilidade civil, cuja consequência, em geral, é o dever de indenização. Não se olvida, ainda, de outras instâncias de responsabilidade, como a político-administrativa nos casos de crimes de responsabilidade.

Nota-se que a atuação do Estado incide de modo progressivo nas relações fáticas e jurídicas da vida em sociedade, com vocação regulatória e, além disso, com a prerrogativa de condicionar e limitar o exercício de direitos e liberdades por meio do instrumento das sanções e de medidas coercitivas – tudo isso ao abrigo de ramos jurídicos próprios do direito público, como o direito administrativo e o direito penal, que constituem o que se convencionou chamar de Direito Punitivo ou Direito Sancionador (OSÓRIO, 2022, p. 52).

O Direito Sancionador<sup>4</sup> se faz presente na medida em que, para plenitude da efetividade dos fins estatais, surge a necessidade de que o ordenamento jurídico institua e imponha sanções a condutas tanto de agentes públicos, quanto de administrados (pessoas físicas e jurídicas) capazes de gerar danos aos interesses públicos – dentre essas condutas, estão os chamados atos de improbidade de administrativa, situados como espécie de má gestão pública.

---

<sup>4</sup> Marion Bach aponta que, no cenário brasileiro dos últimos anos, houve, uma considerável proliferação de leis sancionadoras estatais, além da Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), das leis administrativas sancionadoras no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) (Lei n. 12.529/2011), do Banco Central (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (Lei n. 13.506/2017). Cf. BACH, Marion. Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade. 2021. 344 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande do Sul, 202, p. 18.

## 2.1 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS

A improbidade possui o sentido de desonestidade, incorreção, má conduta e má índole. Nessa perspectiva, a conduta ímproba é descrita como uma ação ou omissão dolosa que ofende o dever constitucional de probidade no exercício da função pública ou na gestão de recursos públicos. Essa violação acarreta a imposição pelo Poder Judiciário de sanções políticas diferenciadas.

Sob esse prisma, pode-se inferir que a improbidade consiste em uma forma de exercício defeituoso de funções estatais, sendo uma ilegalidade qualificada por elementos que lhe dão uma dimensão de gravidade diferenciada, na medida em que implicam reprovabilidade muito intensa e exigem um sancionamento extremamente severo (JUSTEN FILHO, 2022, p. 27).

À vista disso, a Constituição da República de 1988 impõe severas consequências para os agentes que não observarem a devida probidade na administração, ante a relevância do bem jurídico tutelado. Nos termos do Art. 37, § 4º da CF/88, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei”.

O referido dispositivo constitucional abriu margem para possibilidades de entrecruzamento entre diferentes instâncias de controle (penal, administrativa, cível e política). Trata-se de uma opção democrática do poder constituinte de 1988, o qual, ao disciplinar a autonomia das instituições para a persecução dos atos ímprobos, objetivou evidenciar a reprovabilidade de condutas que atentem contra a probidade e moralidade administrativa.

Assim, depreende-se, a partir de uma interpretação do art. 37 da CF/88, que o sistema jurídico valoriza o princípio da responsabilidade dos agentes públicos, que mais profundamente sofrem os efeitos da perspectiva de enfrentamento de várias demandas simultâneas por um mesmo fato, tendo em vista o tratamento normativo especialmente rigoroso dado à improbidade administrativa pela Carta Magna (OSÓRIO, 2022, p. 308-327).

Em rigor, o artigo 37, parágrafo 4º, funciona como cláusula de judicialização obrigatória da competência sancionadora do Estado, quando este busca punir ilícitos qualificados como “atos de improbidade administrativa” descritos em lei (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p 94).

Sancionada em 2 de junho de 1992, a Lei 8.429/1992 – também referida como Lei da Improbidade Administrativa (LIA) – surge com a promessa de efetivar e completar o texto constitucional, a fim de que seja garantida a observância ao dever de probidade e moralidade no exercício administrativo, a partir da possibilidade de punição ao descumprimento de um conjunto de diretrizes vinculantes à atuação dos agentes estatais estabelecido pela Constituição Federal.

Ao definir as penalidades, a forma e a gradação das sanções, conforme a gravidade dos atos de improbidade administrativa, a Lei 8.429/1992, à época de sua promulgação, representou significativo avanço a complementar os mecanismos e instituições de controle já existentes, dentre os instrumentos jurídico-políticos<sup>5</sup> de controle externo dos poderes executivo, legislativo e judiciário (CADEMARTORI, 2004, p. 2-3).

O legislador ordinário, ciente da função integrativa que cumpre na regulamentação de um dispositivo constitucional (art. 37, § 4º), transfere para o elemento humano da atividade administrativa, isto é, o pessoal administrativo, a obrigação de zelar pela eficácia plena dos princípios constitucionais referidos no caput do art. 37 da CRFB/88, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 74).

Por conseguinte, a repressão à improbidade administrativa, sistematizada pelo legislador ordinário, é orientada à imposição de sanções graves aos sujeitos envolvidos em práticas altamente reprováveis no exercício de funções públicas. O que caracteriza e diferencia o sistema repressivo da improbidade em relação aos demais são suas sanções diferenciadas, que atingem os direitos individuais dos acusados, tais como a suspensão dos direitos políticos, a interdição para contratar com o poder público e a multa civil.

Essas sanções apresentam uma dimensão política, na acepção de que se relacionam com o exercício de poderes inerentes à organização estatal, e uma dimensão constitucional, na medida em que estão previstas na própria Constituição da República como forma de repressão

---

<sup>5</sup> Há, ainda, conforme aponta Carvalho Filho (2019, p. 1484), outros mandamentos dotados de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, *caput* (que inclui a moralidade como princípio); o art. 37, § 5º (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração), todos da Constituição Federal de 1988. Ademais, além da LIA, há outros diplomas que objetivam a proteção dos valores da Administração Pública por meio de imposição de medidas e sanções destinadas a protegê-los. Citem-se, como exemplo, a Lei n. 4.717, de 29.6.1965 (regula a ação popular contra imoralidade administrativa); Lei n. 8.730, de 10.11.1993 (exige declaração de bens de servidores públicos); Lei Complementar n. 101, de 2000 (que versa sobre a responsabilidade na gestão fiscal); Lei n. 10.028, de 19.10.2000 (tipologia de crimes praticados em detrimento da LC no 101/2000), entre outras.

e prevenção a condutas que põem em xeque os valores e princípios que constituem o Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, conforme aponta Fazzio Junior (2015, p. 76), “a eventual disparidade entre o exercício administrativo e os princípios constitucionais que circunscrevem a atuação dos agentes públicos enseja, em maior ou menor grau, a eclosão das ilicitudes”, seja em caráter penal, político-administrativo e/ou atos de improbidade tipificados na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Isto é, no ordenamento jurídico brasileiro, um mesmo ato ímprobo pode caracterizar ilícito penal, administrativo, político-administrativo e civil, podendo ensejar responsabilização cumulativa em diversas instâncias e de modo independente (OLIVEIRA, 2018, p. 1).

Assim, nos casos de improbidade administrativa, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a responsabilização pode se dar, principalmente, nas instâncias civil, penal, política e administrativa.

Alexandre Mazza (2021, p. 1257), por exemplo, entende que uma única conduta praticada pelo agente público pode desencadear seis processos distintos de responsabilização: 1) civil; 2) penal; 3) administrativo disciplinar; 4) improbidade administrativa; 5) responsabilidade política (Lei n. 1.079/50) e 6) processo de controle.

De modo semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1840) entende que, no que toca a improbidade administrativa, é possível a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional do servidor; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal em consonância com as regras do Código Processual Penal.

Nesse particular, segundo a autora, mesmo que o Ministério Público ajuíze a ação de improbidade, é possível a instauração do processo administrativo (PAD), pois ele se insere como manifestação do poder disciplinar da Administração Pública, com a natureza de poder-dever. É diferente, segundo a autora, do poder exercido na ação de improbidade, concretizado de forma jurisdicional, e não pela própria Administração Pública (DI PIETRO, 2020, p. 1840)

Em suma, a partir dos posicionamentos consubstanciados na doutrina antes da promulgação da Lei 14.230/2021, entendia-se pela sujeição, no âmbito da improbidade administrativa, do ponto de vista do direito material, ao i) direito sancionador penal, se a conduta do agente público constituir, também, ilícito penal previsto em lei – por exemplo, no

Título XI, Capítulo I do Código Penal; ii) direito administrativo sancionador, em que o agente público será sujeito a sanções de natureza administrativa; e iii) direito sancionador cível *strictu sensu*, em que o agente público será sujeito a sanções de natureza cível, impostos por autoridade judicial no âmbito de uma ação de improbidade administrativa, sob a égide da Lei 8.429/1992<sup>6</sup>.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 1483), a ação de improbidade administrativa “pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa”.

O direito processual correspondente à tutela da improbidade também se faz atrelado tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo. Trata-se de um direito processual público, que se ramifica nas esferas administrativa *stricto sensu* (isto é, processo administrativo disciplinar) e jurisdicional. Aqui, pode-se aduzir que a tutela ligada de forma mais direta ao art. 37, § 4º da CF/1988 está consubstanciada na Lei de Improbidade Administrativa, conectada ao direito processual regido por normas do Código Processual Civil, Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular e Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que é a matriz fundamental (OSÓRIO, 2018, p. 201).

Essa mesma ação jurisdicional punitiva aos atos de improbidade também está associada ao Código de Processo Penal, especialmente no que concerne ao enfrentamento de problemas que demandem a aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal.

Por derradeiro, o ato ímprobo enseja a incidência simultânea de vários institutos repressivos, diante da gravidade dessa conduta nos termos da normativa constitucional, e de uma multiplicidade de demandas simultâneas sobre um mesmo fato. As ações penal e de improbidade administrativa podem ser ajuizadas simultaneamente, sem falar nas ações indenizatórias no âmbito da responsabilidade civil, em que refletem medidas não sancionatórias (OSÓRIO, 2018, p. 201-202).

A analogia de Marion Bach (2021, p. 17) esclarece de forma lúdica o que ocorre com aqueles acusados de atos de improbidade administrativa: da mesma forma que uma “Hidra de Lerna, lenda da mitologia grega que possui (um) corpo de dragão e (várias) cabeças de serpente,

---

<sup>6</sup> Na análise a ser desenvolvida, exclui-se, à luz da classificação apresentada por Carlos Frederico Brito dos Santos, o Direito Sancionador Político-Administrativo, que se trata de sistema punitivo relacionado às infrações político-administrativas aplicáveis aos agentes políticos (abrangendo-se os crimes de responsabilidade), não sendo o foco do presente trabalho.

o (corpo do) Estado brasileiro sanciona através de (várias) instâncias” os agentes públicos que agem sem observância à devida probidade na administração pública.

Portanto, é visível o grau de interdisciplinaridade que alcança os problemas relacionados à improbidade administrativa. Trata-se de fenômenos processuais ligados ao princípio da independência das instâncias, o qual se mostra especialmente relevante no que concerne à sistemática de improbidade administrativa, ante a sua interdisciplinaridade.

Na Constituição da República Federativa do Brasil consta, até os dias atuais, consagrada no inciso I do artigo inaugural, a soberania como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e no artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O princípio da independência entre instâncias (também denominado de separação entre instâncias, autonomia entre instâncias, dentre outras variações terminológicas) pode ser definido como a diretriz que reconhece a prerrogativa do legislador de, dentro dos limites constitucionais, tipificar as ilicitudes e escolher modelos sancionatórios e consequências jurídicas das violações a normas de comportamento, bem como optar por subsistemas punitivos alinhados a determinados ramos jurídicos, de modo a melhor atender o interesse público (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 112-113).

Nessa perspectiva, o princípio da independência das instâncias se relaciona com a separação dos poderes (artigo 2º da CF/88), na medida em que busca evitar a submissão de uma esfera dos Poderes estatais a uma outra, permitindo que cada uma exerça seu direito de punir de forma autônoma e independente. Ademais, a autonomia das instâncias reforça o princípio democrático, haja vista que fundamenta a liberdade conferida ao legislador democraticamente eleito para atribuir diversas punições a uma única conduta, se assim entender pertinente (SOUZA, 2015, p. 169-170).

O sistema vigente é assertivo no que tange ao princípio da independência entre as esferas punitivas, ante o desiderato de tornar mais rigorosas as atuações estatais na proteção de bens jurídicos relevantes à Administração Pública, como a probidade administrativa (OSÓRIO, 2022, p. 293).

A autonomia entre as instâncias se manifesta em diversas ocasiões no ordenamento jurídico. O já referido art. 37, § 4º da CF/88 é um exemplo, uma vez que autoriza a aplicação das sanções civil/administrativa pela prática de improbidade, sem prejuízo das aplicadas no âmbito criminal. Também os arts. 935 do Código Civil e 66 do Código Processual Penal complementam o regramento constitucional, ao estabelecerem, respectivamente, que “a

responsabilidade civil é independente da criminal” e que, “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta” (GAJARDONI, 2021, p. 491-492).

Ou seja, percebe-se que a autonomia das instâncias é um relevante e recorrente fundamento para a multiplicidade de punições e persecuções processuais por um mesmo fato no ordenamento jurídico brasileiro, que acaba por fortalecer o poder punitivo estatal. No presente trabalho, será discutida a legitimidade dessa cumulação sancionatória sem qualquer limitação, bem como a melhor forma de interpretação do princípio da independência entre as instâncias – se absoluta ou relativa.

## 2.2 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 14.230/2021

O sistema de responsabilização disciplinado pela Lei nº 8.429/1992, nos termos de seu art. 1º, *caput*, visa tutelar “a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social”, na redação dada pela Lei 14.230/2021, e faz parte do microsistema anticorrupção existente no ordenamento jurídico brasileiro, que inclui legislações como a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), Lei 8.666/1993 e Lei 14.133/2021 (antiga e nova Lei de Licitações, respectivamente) e as próprias disposições do Código Penal sobre o tema.

Conforme exposto alhures, a Lei nº 8.429/1992 prometeu trazer mais eficácia ao combate à corrupção e improbidade no âmbito da Administração Pública, a partir da complementação do texto constitucional de forma sistematizada em um único diploma legal.

Todavia, junto à referida lei, advieram diversos problemas decorrentes, principalmente, de suas omissões e excessos. Como consequência, abria-se margem a maiores possibilidades de punição, por meio de interpretações extensivas e desproporcionais a conceitos jurídicos indeterminados.

Traz-se à baila os efeitos práticos oriundos das indeterminações normativas contidas na Lei 8.429/1992 pré-reforma. O texto extremamente genérico da lei, aparentemente inócuo para inibir comportamentos em razão de sua vagueza, possibilitava ao Ministério Público o manejo desenfreado de ações de improbidade, tendo como objeto fatos indeterminados ou não taxados em lei, sem elementos probatórios consistentes. Era usual, ainda, pedidos de

condenação com fundamentos indiscriminados em múltiplos tipos descritos nos arts. 8º, 9º e 10 da LIA (SUNDFELD, 2012, p. 69).

A matéria de improbidade administrativa tem especial repercussão na mídia, ante os numerosos escândalos de corrupção pelo país, que despertam a ira da população brasileira. Apenas para se ter uma noção da amplitude do problema, cita-se reportagem de O GLOBO, veiculada no ano de 2017, a qual noticiou que houve mais de 11.600 condenações judiciais por atos de improbidade administrativa entre os anos de 1995 e 2016, segundo levantamento realizado pelo Instituto Não Aceito Corrupção em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria<sup>7</sup>.

Nessa perspectiva, as ações de improbidade eram divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública e ampliação de prestígio e poder ao Ministério Público<sup>8</sup>, em um verdadeiro espírito “lavajatista” – envolvendo disputas mais políticas do que jurídicas, com flagrante ausência de racionalidade<sup>9</sup>.

Frisa-se, ainda, a fraqueza ou escassez de garantias processuais aos acusados em ações de improbidade, haja vista que não havia um parâmetro principiológico claro a ser seguido para a interpretação da lei – que demandava alto esforço interpretativo em razão de seus vagos preceitos (OSÓRIO, 2022, p. 365).

Ainda, na prática, a Lei de Improbidade Administrativa acabava por ser aplicada para meras irregularidades, transgressões disciplinares e problemas de desorganização administrativa – que não necessariamente configuravam uma imoralidade na administração.

---

<sup>7</sup> O banco de dados utilizado é o do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade, do Conselho Nacional de Justiça, consoante o informado em reportagem disponível no sítio eletrônico Consultor Jurídico (vide MARTINES, Fernando. Em uma década, condenações por improbidade somam R\$ 3,2 bilhões. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/10-anos-condenacoes-improbidade-somam-32-bilhoes>. Acesso em: 12 maio 2022.

<sup>8</sup> Alguns autores apontam o movimento de combate à corrupção e improbidade administrativa no Brasil como uma “engenharia de obra pronta”, expressão que designa a crítica ao controle *a posteriori* focado exclusivamente na repressão e sancionamento, sem se preocupar com a prevenção, haja vista que não se procura compreender as dificuldades práticas enfrentados pelo gestor público no processo de tomada de decisões, considerando que nem sempre haverá orientações normativas claras para cada situação. Cf. MOTTA, Fabrício. HOHARA, Irene Patrícia. LINDB no direito público: Lei 13.655/2018. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>9</sup> A respeito da irracionalidade na atuação do órgão acusatório, observe-se os desdobramentos da chamada “Vaza Jato”, no âmbito da Operação *Spoofing*, que culminou na anulação de uma série de condenações em razão de terem sido fundadas em provas obtidas ilícitamente, o que se constatou por meio de invasão (também ilícita) de aplicativos de mensagens de autoridades e integrantes da operação Lava Jato. Nesse sentido, cf. GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato. *International Journal of Digital Law (IJDL)*, Belo Horizonte, ano 2, n.1, jan./abr. 2021, p. 151-198.

Todavia, é evidente que esse não era o objetivo do legislador ao editar uma lei que tratasse de graves sanções repressivas aos atos de improbidade (CARVALHO, 2022, p. 11).

Osório (2022), em publicação jurídica acerca das atualizações trazidas pela Lei 14.230/21, enfatizou que o Ministério Público errou muito no manejo da Lei 8.429/1992, ao abusar das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados para expandir seu poder punitivo e enquadrar condutas que caracterizavam mera ilegalidade ou irregularidade administrativa no campo da improbidade.

Nessa toada, os contornos do conceito de improbidade tornaram-se indeterminados, gerando uma situação de significativa insegurança, o que ocasionava a paralisação da atuação dos agentes públicos. Esse panorama é alcunhado por Rodrigo Valgas dos Santos (2021, p. 27) como “direito administrativo do medo”, em sua obra homônima, sendo o fenômeno descrito pelo autor como

[...] a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.

Por elementar, o controle da legalidade não pode ir ao ponto de aprisionar o agente público, subtraindo-lhe o poder discricionário de que se acha investido, enquanto representante da Administração Pública. A situação que se pretende evitar é denominada de “apagão das canetas”, termo que, nas palavras de Motta e Nohara (2019, p. 24), designa

[...] a paralisação de decisões, por causa do temor de responsabilização, perante a Administração Pública ‘do medo’, pois, em determinados casos, tendo em vista as decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle.

Nesse sentido, tem-se o impedimento da livre atuação do gestor público e do atendimento ao princípio da eficiência, de modo que o gestor opta, muitas vezes, pelo caminho menos arriscado para si, embora possa ser mais longo/custoso para a Administração Pública (CARVALHO, 2022, p. 31).

Para se evitar o “apagão das canetas”, aponta-se a necessidades jurídica de uma construção dogmática mais desenvolvida, com modelos mais precisos e justos de graus de culpa. Ademais, urge o enfrentamento à elevada insegurança jurídica gerada por normas de textura aberta, pela hiperinflação legislativa e pela contraposição dos órgãos de controle às decisões tomadas pelos agentes controlados (SANTOS, 2021, p. 11).

No contexto em comento, a novel Lei Federal nº 14.230 de 25 de outubro de 2021 promoveu alterações substanciais na sistemática de improbidade administrativa, em um verdadeiro espírito reformador que buscou sanar uma lei lacunosa a qual, a despeito de sua importância, especialmente à época de sua promulgação, acabou por acarretar graves problemas no combate à improbidade administrativa e no pleno exercício da função pública.

Assim, a chamada “Reforma da Lei de Improbidade” ocorrida em 2021, também se atentou, dentre outros objetivos, à necessidade de proteção aos gestores públicos honestos, e visou tornar mais clara a distinção entre o erro administrativo e o ato ímprobo, a fim de frear o manejo excessivo de ações de improbidade por parte do MP, com acusações genéricas e sem qualquer observância a garantias processuais (HALPERN; OLIVEIRA, 2021, p. 5).

Diante desse cenário, a expectativa dos juristas é que nova lei proporcione a agilização dos processos e a efetividade da punição a condutas ímprobas (JUSTEN FILHO, 2022, p. 10).

A fim de que seja possível avançar na discussão pretendida pelo presente trabalho, é imprescindível tecer considerações, ainda que breves, acerca da estrutura e dos principais elementos da atual Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

A estrutura da LIA se compõe, em síntese, de cinco pontos principais: (i) o sujeito passivo; (ii) o sujeito ativo; (iii) a tipologia da improbidade; (iv) as sanções; (v) os procedimentos administrativo e judicial.

Introdutoriamente, o art. 1º, § 5º elenca, como bens jurídicos violados pelas condutas tipificadas na Lei 8.429/1992, (i) a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e (ii) a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta.

A Lei 14.230/2021 incluiu disposições que limitam e tornam mais restrita a possibilidade de sancionamento por improbidade administrativa, ante a gravidade das condutas e sanções descritas na lei.

Dentre essas disposições, destaca-se, ainda no art. 1º, o seu parágrafo oitavo, que esclarece que não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei ou baseada em jurisprudência, ainda que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões administrativas e/ou jurisdicionais. Tal alteração tem por fim evitar o já aludido “apagão das canetas” na Administração Pública decorrente do medo imposto ao gestor público de praticar atos nos quais há uma divergência jurisprudencial (CARVALHO, 2022, p. 31).

O art. 1º da Lei n. 8.429/1992, em seus parágrafos quinto, sexto e sétimo, lista os principais sujeitos passivos dos ilícitos de improbidade, quais sejam: 1) os entes da administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); 2) as entidades da administração indireta (autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista); 3) entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais; 4) entidades para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído (criação) ou contribua (custeio) no seu patrimônio ou receita anual, ainda que não pertencentes à administração indireta.

Já o sujeito ativo é o agente ímprobo, que “sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1.483). São estes os agentes públicos e os coautores, cuja noção conceitual é delineada no art. 2º da Lei n. 8.429/1992.

Antes da reforma introduzida pela Lei 10.230/2021, considerava-se como sujeito ativo da improbidade administrativa toda pessoa que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades mencionadas no art. 1º. Com essa ampla definição, inferia-se a abrangência, para fins de sujeição à Lei de Improbidade, também, 1) os agentes políticos; 2) os agentes colaboradores; 3) os servidores e funcionários públicos em geral.

Após as modificações promovidas em 2021, o legislador resolveu ser mais específico em seus termos, confirmando a construção doutrinária de que se sujeitam à lei de improbidade os agente públicos, sendo estes o agente político, o servidor público e “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades referida no art. 1º da LIA (sujeitos passivos).

Ainda, incluiu-se, no que se refere a recursos de origem pública, a possibilidade de responsabilização de particular, seja pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Ademais, conforme art. 3º da lei em análise, também são sujeitos ativos equiparados aos agentes públicos aqueles que, mesmo não se encaixando na definição do art. 2º, induzam ou concorram dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Por derradeiro, no tópico atinente aos sujeitos ativos, a nova redação da LIA dispõe que os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado

somente responderão pelo ato de improbidade imputado à pessoa jurídica se houver comprovação de sua participação e obtenção de benefícios diretos (art. 3º, § 1º).

No que concerne, porém, aos agentes políticos, há ressalvas quanto à aplicação da Lei n. 8.429/1992, havendo comunicação, ainda, com a Lei de Crimes de Responsabilidade. Tal forma de poder sancionador estatal (de natureza política), como já observado, não será abordada no presente trabalho.

Quanto à tipologia da improbidade, a legislação enumera três tipos genéricos de condutas: a) atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade que importem prejuízo ao erário (art. 10º); c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Cumprido destacar que, enquanto na antiga redação era possível a responsabilização por conduta culposa por meio da ação de improbidade, atualmente somente é possível o sancionamento se ficar caracterizado o dolo específico, isto é, a voluntariedade do agente com fim ilícito – exigência que fica expressa em diversos dispositivos da lei, citando-se, a título de exemplo, os parágrafos primeiro, segundo e terceiro do art. 1º.

No tocante às sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, as modalidades são praticamente as mesmas para cada um dos tipos de improbidade, variando, porém, algumas em função de tempo ou de valores. São elas: 1) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; 2) ressarcimento integral do dano; 3) perda da função pública; 4) suspensão dos direitos políticos; 5) pagamento de multa civil; 6) proibição de contratar com o Poder Público; 7) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Trata-se das sanções dispostas no art. 12, incisos I, II e III da Lei 8.429/1992.

A dimensão complexa e o rigor das sanções cominadas à improbidade constituem fatores que implicam a competência do Poder Judiciário para processar e sancionar as ilicitudes, o que evidencia que não se trata de uma matéria puramente civil nem apenas de direito administrativo (JUSTEN FILHO, 2022, p. 27).

Ou seja, sabe-se que as sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e são atribuídas no âmbito jurisdicional. Trata-se de titularidade privativa do Ministério Público (MP) para o exercício do direito de ação que visa ao sancionamento por improbidade, o qual foi expressamente estabelecido pela Lei 14.230/2021, com a nova redação dada ao *caput* do art. 17 da Lei 8.429/1992.

Todavia, não são tão simples as discussões em torno da natureza jurídica dos ilícitos e sanções dispostas na Lei 8.429/1992 e da formatação definitiva do regime geral aplicável aos

atos ímprobos, suscitando diversos embates doutrinários nos últimos anos, tendo em vista sua interdisciplinaridade em matéria de direito punitivo.

Com efeito, essas questões constituem alguns dos mais graves entraves em torno da interpretação da Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque não se chegava a um consenso entre pesquisadores acerca da natureza jurídica do regime jurídico e das sanções dispostas na LIA: se é cível, administrativa, ou algo entre as duas.

A característica “multirrepressiva” da responsabilização por improbidade, todavia, não inviabiliza o reconhecimento da natureza jurídica desse tipo de ilícito, nem sua inserção num bloco preponderante de normas do sistema jurídico.

Feitas tais considerações, passa-se, a seguir, a uma breve conceituação das diferentes formas de ilícitos e sanções estatais a fim de averiguar em qual categoria se inserem aqueles previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

### 2.3 A INOVAÇÃO CONCEITUAL DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E O DEBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA LEI Nº 8.429/1992: A CONTRIBUIÇÃO DE FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Em seu conceito clássico, o ilícito administrativo empenha a responsabilidade administrativa, que tem por objeto a aplicação de penas que não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado em sua função de justiça, mas sim no exercício administrativa. Essas sanções são aplicadas, portanto, à pessoa que comete conduta ou se omite, de forma ilícita, em violação, por exemplo, a dispositivo estatutário (se for agente público) ou qualquer outra disposição em lei que imponha uma sanção administrativa, isto é, aplicada pela Administração Pública em processo de natureza administrativa (CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 141).

Cretella Júnior (1973, p. 142) define o ilícito administrativo disciplinar (ou ilícito administrativo puro) como um ilícito previsto no Estatuto que estabelece o regime jurídico de um agente público (como, por exemplo, a Lei 8.112/1990, para os servidores públicos civis federais), que causa lesão à Administração e, portanto, enseja a responsabilidade administrativa disciplinar de seu autor.

Já o ilícito penal administrativo nada mais é do que um crime contra a Administração Pública, capitulado no Código Penal e no respectivo Estatuto do agente público. Nos dizeres de Cretella Júnior (1973, p. 154), o ilícito penal administrativo possui uma configuração externa,

porque, contrapondo seu autor à sociedade (representada pelo Ministério Público) é reprimido “fora de casa”, por autoridade judicial (não administrativa); mas possui também uma configuração interna, porque, contrapondo seu autor à Administração, é reprimido “dentro de casa”, por autoridades administrativas.

Por sua vez, o conceito de ilícito de natureza civil compreende toda conduta que, seja de forma ativa (ação) ou negativa (omissão), viola um direito de outrem e gera um dano indenizável, conforme o Código Civil brasileiro. Trata-se de conceito mais amplo que os ilícitos penal e administrativo, podendo-se dizer que há, no ilícito civil, um caráter residual.

Os ilícitos penais, por exemplo, para serem caracterizados, devem estar expressamente previstos em lei, não podendo uma pessoa ser penalmente responsabilizada e receber uma sanção penal sem que sua conduta esteja “desvalorada” em expressa previsão legal. Ao contrário, o ilícito civil, *latu sensu*, é todo e qualquer ato que causa danos a outrem e gera dever de indenizar, não se sujeitando ao princípio da legalidade *strictu sensu*, ou seja, não há a necessidade de que esteja especificamente descrito em lei.

Em suma, o ilícito civil surge quando ocorre “qualquer” ato danoso, não importa de que natureza. Não se exige que esteja previsto em texto especial, ao contrário do que ocorre com o ilícito penal, que só se confirma quando ocorre enquadramento em lei repressiva – elemento da tipicidade (CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 139).

Conforme o mesmo autor, um agente público pode, por ação ou omissão, na qualidade de cidadão comum, cometer ilícito civil ou ilícito penal; e *propter officium*, isto é, em razão de sua função na Administração Pública, pode cometer ilícito administrativo (por exemplo, contrariando preceitos contidos em seu Estatuto funcional), ilícito penal (caso sua conduta se enquadre em um crime próprio, isto é, que só pode ser imputado em razão de sua função) e ilícito civil (caso, por exemplo, cause prejuízo apto a ensejar o dever de reparação de dano).

Em atenção à essa discussão, Guaragni (2006, p. 21) buscou identificar as semelhanças e distinções entre o ilícito penal e o ilícito relacionado à improbidade administrativa, sendo que o segundo, em seu entender, comporta uma classificação autônoma e *sui generis*. O autor constata as seguintes semelhanças: i) ambos fazem parte do poder punitivo estatal; ii) ambos são aplicados pelo Poder Judiciário; iii) o direito penal contempla, pelo menos em parte, os mesmos bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa (erário, probidade, boa imagem da administração) e iv) são compostos de sanções que se acumulam ou repetem integral ou parcialmente.

No tocante às distinções entre ambas as espécies de ilícitos, cita-se: (i) a diferença formal (a CF separa taxativamente sanção penal e por improbidade); (ii) a Lei de Improbidade cria um sistema contínuo de proteção à probidade administrativa, em todos os seus níveis, enquanto o direito penal é um sistema fragmentado de tutela; (iii) a Lei de Improbidade não trabalha com penas privativas de liberdade, o direito penal sim; v) as espécies de sanções por improbidade são sempre relacionados ao uso indevido do cargo, o que não ocorre no direito penal – ao menos, não necessariamente; e , finalmente, (vi) a Lei de Improbidade foi criada exclusivamente para a tutela da gestão pública, o direito penal não (GUARANI, 2006, p. 21).

Para que se possa passar à análise do instituto do *ne bis in idem* aplicado entre as diversas esferas sancionatórias envolvidas na temática da improbidade administrativa, mostra-se essencial identificar, *a priori*, as possíveis definições, finalidades e efeitos das sanções administrativas, cíveis e penais, sendo todas manifestações de poder do Estado – embora exista controvérsias se decorrem, ou não, de uma mesma espécie de poder.

Ao estabelecer uma sanção, o legislador está atribuindo uma consequência negativa a uma conduta ilícita, de modo a incentivar, por meio da prevenção geral, a observância dos comportamentos prescritos em lei (MELLO, 2005, p. 26).

Uma sanção jurídica pode se manifestar em diferentes órbitas, sendo que suas aparições mais comuns se dão nas esferas política, administrativa, cível e penal.

A sanção de natureza civil se traduz, geralmente, em um dever de indenização em razão de um ato ilícito. A sanção penal também é atribuída após um processo judicial, com o devido contraditório e ampla defesa, por autoridade judicial, porém possui características essencialmente diversas, em seu objeto, efeito e finalidade.

Com efeito, Garcia (2017, p. 32) entende que as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (deveres de reparar e de devolver), sequer configuram verdadeira sanção, embora se esteja utilizando essa nomenclatura. Isso porque tais espécies de “sanções”, ao contrário das sanções penais, não possuem a finalidade principal de punir por uma conduta reprovável, mas sim de reparar o dano.

A sanção administrativa possui diversas peculiaridades que a diferencia das demais, de modo que a doutrina majoritária aponta como sendo a principal delas o fato de que o sujeito competente para sua imposição é a própria Administração Pública. Segundo Rafael Munhoz de Mello (2005, p. 28), se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, então não se trata de sanção administrativa. O autor propõe, como conceito de sanção administrativa, “a

medida afliativa imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito”.

Por seu turno, Juan Pablo Mañalich (2014, p. 546-547) apresenta duas noções de sanção administrativa. *Strictu sensu*, entende-se a sanção administrativa como toda sanção suscetível de ser diretamente imposta por algum órgão administrativo, sem prejuízo de um eventual procedimento propriamente jurisdicional em razão de eventual irresignação ante sua imposição.

De outro lado, segundo o autor (2014, p. 546), a sanção administrativa também pode ser entendida, *latu sensu*, como uma consequência jurídica fixada por uma autêntica norma de sanção cuja aplicação não seja privativa de órgãos que exerçam jurisdição penal, e que, de forma característica, reforça a regulamentação de determinados âmbitos de atividade administrativa independentemente de sua aplicação competir a órgãos propriamente administrativos ou a órgãos jurisdicionais.

A noção restrita de sanção administrativa enquanto medida afliativa imposta em âmbito não jurisdicional pela Administração Pública representa um posicionamento doutrinário clássico no Brasil que, todavia, é rebatido por Fábio Medina Osório, o qual formula uma nova definição de sanção administrativa aplicável à realidade do direito pátrio, que se assemelha ao conceito *latu sensu* apresentado por Juan Pablo Mañalich (2014, p. 546).

Antes de apresentar seu próprio conceito, o autor parte da análise da estruturação de sanção administrativa dada por estudiosos europeus que há muito teorizam sobre o direito administrativo sancionador. Na perspectiva estrangeira, a sanção administrativa seria composta pelos seguintes elementos, relacionados por Osório (2022, p. 95): a) a autoridade administrativa; b) o efeito afliativo da medida em que se exterioriza, que se subdivide em b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (repressão de uma conduta para o restabelecimento da ordem jurídica) e d) natureza administrativa do procedimento.

Nesse sentido, o primeiro elemento citado (autoridade administrativa) trata-se de verdadeiro elemento subjetivo do conceito europeu de sanção administrativa, isto é, a sanção administrativa essencialmente se caracterizaria, dentre outros fatores, por ser imposta pela Administração Pública.

A partir da publicação da primeira edição da obra “Direito Administrativo Sancionador”, no ano 2000, Osório trouxe à tona uma nova definição de sanção administrativa para a doutrina brasileira, ao sustentar que não necessariamente a Administração Pública estaria

no polo ativo da relação jurídica administrativa, isto é, seria dispensável o elemento subjetivo da sanção (autoridade administrativa) para que seja caracterizada como administrativa.

A definição tradicional de sanção administrativa – não obstante seja a que vigore majoritariamente na doutrina brasileira – padece de vício substancial relacionado ao próprio conceito de Direito Administrativo no Brasil. Isso porque, ao contrário do que ocorre na Europa, o Direito Administrativo brasileiro não nasce e se desenvolve com o exclusivo objetivo de configurar Estatuto da Administração Pública. O conceito brasileiro de sanção administrativa deve percorrer caminhos próprios e não se limitar a reproduções de lições de doutrinadores estrangeiros (OSÓRIO, 2018, p. 198).

Nessa toada, segundo Osório (2018, p. 199), a conceituação das sanções administrativas, no âmbito do direito administrativo brasileiro, deve estar vinculada às dimensões formal e material desse ramo jurídico, e não apenas formal. O direito administrativo que sanciona comportamentos não se associa somente ao poder disciplinar exercido pela própria Administração Pública, mas também à concepção material desse ramo jurídico no sentido de tutela a bens jurídicos relevantes para a Administração Pública, mesmo que não diretamente relacionados a ela.

Diante do exposto, Osório (2018, p. 201) define a sanção administrativa como

[...] um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado(r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal ou material do direito administrativo.

Isto é, a construção do conceito de sanção administrativa ofertada pelo autor ampara-se em uma hermenêutica constitucional, em que o critério predominante é o direito administrativo como um todo, e não a mera função administrativa. A sanção administrativa, portanto, não é somente uma sanção aplicada no exercício da função administrativa do Estado, mas sim uma sanção de conteúdo jurídico-administrativo, que inclusive pode ser imposta pela via do processo judicial.

O autor leciona, ainda, que a sanção administrativa é fruto de um “exercício da pretensão punitiva do Estado, com a finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada, inibindo a possibilidade de novas infrações”, inserindo-se nas dimensões formais e materiais do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2022, p. 155).

Conforme visto, o conceito de sanção administrativa formulado por Osório inova no sentido de separar o direito administrativo sancionador da presença supostamente inarredável da Administração Pública no polo punitivo. Consequentemente, separa-o também do processo administrativo, situando-o, em termos de possibilidade, também no processo judicial. Assim, redimensiona-se a sanção administrativa à luz do direito administrativo substancial, e não meramente do poder sancionador e disciplinar da Administração Pública (OSÓRIO, 2018, p. 201).

A partir da conceituação do autor, é reconhecida – e encorajada – a possibilidade de as sanções administrativas poderem ser aplicadas a) ao abrigo da normativa de um direito administrativo sancionador que protege bens jurídicos afetos a outras áreas por meio de sanções administrativas, tal como se dá no direito penal por meio de sanções penais e, da mesma forma, b) para infrações que, na definição do legislador, configuram-se como de direito administrativo sancionador, já que sua ocorrência depende da violação de normas materiais de direito administrativo (OSÓRIO, 2018, p. 201).

Retomando a estruturação clássica europeia de sanção administrativa, também merece atenção o seu segundo elemento, isto é, o carácter aflagante de sua imposição, delineado como uma medida imposta pela administração em razão da prática de um ato ilícito. Nesse diapasão, Osório (2022, p. 109) classifica o efeito aflagante da sanção administrativa como um elemento objetivo de sua conceituação, que configura um mal e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, entrelaçados, para sua existência, ao cometimento comprovado de um ilícito administrativo.

Ressalta-se que a finalidade punitiva da sanção administrativa não é incompatível com uma finalidade disciplinar. O exercício do poder disciplinar é, em alguma medida, também punitivo, embora possua um forte carácter pedagógico. Ocorre que a pretensão pedagógica tampouco é estranha às finalidades repressivas presentes nas sanções administrativas – isto é, uma finalidade não descarta a outra, mas sim com ela se comunica (OSÓRIO, 2022, p 115).

Todavia, é importante lembrar que, diferentemente das sanções penais, as quais, em sua maioria, impõem a privação de liberdade, as sanções administrativas e cíveis possuem grande semelhança entre si no tocante ao seu objeto, visto que acabam por estabelecer formas semelhantes (muitas vezes idênticas) de “castigo” ao infrator de uma norma de conduta, sendo geralmente ligada a restrições a direitos patrimoniais, políticos e civis, e não à liberdade propriamente dita.

No que toca o âmbito da improbidade administrativa, cumpre destacar que o legislador procurou deixar claro, na nova redação do art. 17-D da Lei 8.429/1992 conferida pela Lei 14.230/2021, que a ação de improbidade “não constitui ação civil” e não pode ser confundida com a ação civil pública, a qual possui finalidade diversa (qual seja, o controle e tutela de bens jurídicos difusos, coletivos e individuais homogêneos). O objetivo desse esclarecimento na letra de lei é evidenciar o caráter repressivo e sancionatório da ação de improbidade administrativa:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto (2021, p. 405), o legislador procurou tornar expresso, com a redação do art. 17-D, que a ação de improbidade não é uma ação civil pública, contudo, não foi claro em sua forma de se expressar, ao preceituar que a ação de improbidade “não constitui ação civil”. No dizer dos autores, a ação de improbidade administrativa é, sim, uma ação civil, tanto que determinada a aplicação do rito ordinário o CPC (art. 17, caput, LIA).

Os autores apontam, ainda, como características essenciais da ação de improbidade: a) repressiva b) sancionatória c) visa a aplicação de sanções de natureza pessoal; d) não possui natureza civil pública e e) não pode ser utilizada para controle de políticas públicas (2021, p. 405).

Na posição dos autores, a ação de improbidade seria uma espécie de ação coletiva, com aplicação das regras da Lei n. 4717/65 (Lei da Ação Popular) e da Lei n. 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), bem como de todo o microsistema coletivo, sendo o Código Processual Civil a fonte subsidiária (2021, p. 403-404).

No entanto, a Lei 14.230/2021 introduziu alterações processuais que denotam o objetivo do legislador de diferenciar a ação de improbidade administrativa de uma ação civil comum. A exemplo disso, cita-se a expressa disposição de que não se aplica, na ação de improbidade, a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor no caso de revelia (o que ocorre no processo civil, mas não no processo penal), tampouco a imposição de ônus da prova ao réu, que caberá exclusivamente ao Ministério Público (tal como ocorre no processo penal), conforme art. 17, § 19, incisos I e II da LIA. Ademais, a nova lei consagrou o direito do réu ao silêncio ou recusa de ser interrogado sobre os fatos a ele imputados, sem que se implique confissão (art. 17, § 18).

Compreende-se que a ação de improbidade administrativa não deve ser enquadrada simplesmente em uma ou em outra natureza jurídica. Com efeito, trata-se, evidentemente, de ação de natureza *sui generis*, que mistura conceitos emprestados do direito penal, do direito civil, do direito administrativo e do microssistema coletivo<sup>10</sup>, o que acaba por acarretar características próprias impassíveis de serem encaixadas em tipos ideais.

Imperioso destacar que, ainda que se admitisse uma eventual natureza civil da ação de improbidade administrativa, esta não se confunde com a natureza dos ilícitos e sanções dispostos em sua lei de regência.

Até a promulgação da Lei 14.230/2021, a doutrina majoritária entendia que o poder sancionador disciplinado pela Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) era de natureza eminentemente cível – diverso do poder administrativo sancionador, o qual era até então compreendido praticamente como sinônimo de poder administrativo disciplinar –, e com sanções próprias que, apesar da natureza cível, vão além da mera indenização, abrangendo, por exemplo, a perda de cargo público e suspensão de direitos políticos (OLIVEIRA, 2018, p. 10).

Osório, em sua obra específica sobre a improbidade administrativa, de nome “Teoria da Improbidade Administrativa” (2018), já afirmava que os ilícitos descritos na LIA têm natureza administrativa, sendo administrativas suas sanções – é claro, à luz do conceito *latu sensu* de sanção administrativa que o autor apresenta, conforme mencionado. O autor se posicionou contra a corrente majoritária da doutrina que afirma ser de natureza cível os ilícitos e sanções dispostos na LIA.

O autor inferiu tais conclusões a partir de sua tese de que o direito administrativo sancionador não se limita ao poder disciplinar imposto pela própria Administração Pública em sua função administrativa, podendo ser também aplicável a ações jurisdicionais e sujeitar-se ao devido processo legal.

Ou seja, em um período em que a doutrina nacional ainda não havia elucidado o tema, ficando silente em relação à natureza jurídica das sanções aos atos de improbidade, Osório (2018) já defendia que é aplicável ao regime jurídico da LIA o conceito de sanção administrativa *latu sensu*, enquanto sanção de matéria de Direito Administrativo, podendo ser aplicada de forma jurisdicional, e não apenas no âmbito da função administrativa do Estado.

---

<sup>10</sup> O microssistema coletivo abrange os regimes jurídicos disciplinados, por exemplo, na Lei da Ação Civil Pública, na Lei da Ação Popular e no Código de Defesa do Consumidor, que preveem a possibilidade de ajuizamento de ações que extrapolam o caráter civil individual, ao permitir a responsabilização por danos a bens jurídicos coletivos e/ou difusos.

Isso porque Lei 8.429/1992 visa a tutela de bens jurídicos especialmente relevantes à Administração Pública, que constitui o polo passivo da relação jurídica material, no sentido de ser a ofendida/lesada. Portanto, Osório defendeu a tese minoritária de que a LIA é disciplinada pelo direito administrativo, mais concretamente pelo regime do direito administrativo sancionador, considerando suas peculiares características (OSÓRIO, 2018, p. 201).

Apesar de ter, inicialmente, sustentado essa posição de forma isolada, no decorrer dos anos a jurisprudência pátria passou a recepcionar a tese de Osório, por meio de reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o regime jurídico da improbidade administrativa é do Direito Administrativo Sancionador – como, por exemplo, nos seguintes julgados: REsp 879.360/SP, REsp 704570/SP, MS 12.957/DF, MS 12927/DF e Rcl 41557/SP – esta última será mais bem aprofundada, ante seu caráter paradigmático na discussão.

Isto é, com base no conceito de sanção administrativa proposto por Osório (consoante exposto no tópico retro), o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passaram a aplicar, nos últimos anos, os princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador às ações de improbidade administrativa, pois somente esse conceito permite compreender a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar sanções reguladas originariamente pelo direito administrativo.

Esse posicionamento também já vinha sendo defendido, mais recentemente, por alguns setores da doutrina e da academia, a exemplo de Grotti e Oliveira (2020, p. 93), que sustentavam que, malgrado o tema da improbidade administrativa seja abordado no seio de diferenciadas ramificações do Direito (constitucionalistas, penalistas, processualistas etc.), o estudo sistemático da improbidade administrativa cabe, do ponto de vista material, ao Direito Administrativo Sancionador.

Essa conclusão, segundo os autores, deriva do *status* constitucional do domínio punitivo da improbidade, que prevê a responsabilidade autônoma e geral de quaisquer agentes públicos (e terceiros, a exemplo de pessoas físicas e jurídicas responsáveis) pela prática dos ilícitos tipificados na legislação regente, tratada como tutela constitucional da Administração Pública no setor que trata da Organização do Estado, dentro da estruturação CF/88 (2020, p. 93).

Como visto, com o advento da Lei n. 14.230/2021, foram realizadas diversas reformas na Lei de Improbidade de Administrativa. Uma das mais interessantes modificações, para o tema tratado no presente trabalho, é a redação do parágrafo quarto, incluído no art. 1º da LIA,

que trata das noções introdutórias do sistema de responsabilização por atos contra a probidade na organização do Estado e no exercício das suas funções.

No referido dispositivo legal foi estabelecido expressamente que a sistemática de improbidade administrativa é regida pelos princípios do direito administrativo sancionador, consagrando na legislação a tese de Osório, nos seguintes termos: “Art. 1º [...] § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

Não se olvida que uma parcela significativa das condutas tipificadas na Lei 8.429/92 apresenta nocividade sob o prisma econômico – tanto por isso é que na própria lei é prevista a responsabilização patrimonial do infrator, por meio, por exemplo, do dever de reparação de danos e de ressarcimento ao erário. Contudo, o conceito de improbidade se relaciona, sobretudo, com “a violação a deveres funcionais que recaem sobre o agente incumbido do poder-dever de exercitar competências e atribuições de origem pública” (JUSTEN FILHO, 2022, p. 29). Por conseguinte, a sistemática de responsabilização por improbidade possui natureza sancionatória pública, não devendo ser confundida com a órbita de responsabilização civil.

Desta feita, independentemente da natureza da ação de improbidade administrativa em um ponto de vista estritamente processual, é fato que a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa veio a reconhecer e consagrar a tese de Osório de que o poder sancionador exercido em face dos agentes públicos que cometem atos ímprobos nada mais é do que o poder administrativo sancionador, tendo em vista a natureza de direito administrativo (em sentido material) dos ilícitos previstos na Lei 8.429/1992 e de suas sanções. A improbidade é, portanto, nos dizeres do autor, um ilícito do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas a essa patologia social. O dever de improbidade administrativa resulta atrelado às sanções veiculadas pelo direito administrativo, no caso da LIA (OSÓRIO, 2018, p. 206).

Essa mudança legislativa foi muito debatida entre os juristas devido à insegurança jurídica da lei revogada, que possuía conceitos abertos e indeterminados, sem um parâmetro uniforme para a sua interpretação, na medida em que não vigorava o princípio da taxatividade (CRUZ, 2021, p. 49).

Isto é, não existia um sistema de princípios que garantisse a justa aplicação de normas tão indeterminadas, especialmente na análise da tipicidade formal e material dos atos ímprobos vagamente descritos na antiga lei, o que gerava uma enorme amplitude de possibilidades de responsabilização (CRUZ, 2021, p. 49-51).

A opção político-legislativa de submeter a ação de improbidade ao sistema principiológico do regime do direito administrativo sancionador se justifica pelo fato de que a improbidade administrativa envolve a violação a valores e a interesses de direito público, ou seja, se está diante de uma relevância não apenas patrimonial das infrações – o que implica o afastamento do regime aplicável às infrações privadas, que se dirigem, notadamente, à proteção da dimensão patrimonial enquanto bem jurídico tutelado (JUSTEN FILHO, 2022, 25-27).

Ainda assim, o direito administrativo carece uma elaboração teórica de seu potencial sancionador. Não há, ao menos no Brasil, uma teorização adequada a respeito dos princípios que devem orientar o Direito Administrativo Sancionador, malgrado esse ramo jurídico tenha uma considerável abrangência no ordenamento pátrio.

Com efeito, essas lacunas teóricas enfraquecem a dogmática jurídica e as ferramentas de controle do Estado, abrindo campo fértil ao arbítrio, à ineficiência e a má-fé administrativa, o que acaba por corroborar o aumento dos índices de impunidade, diretamente relacionado à crise de gestão das instituições. Osório observa, nessa perspectiva, que o desconhecimento do regime jurídico e da natureza das sanções administrativas “conduz, de um lado, ao seu esquecimento nos casos concretos, gerando precedentes jurisprudenciais perigosos e, de outro, projeta o enfraquecimento do próprio Estado, através do descrédito de seus institutos” (OSÓRIO, 2022, p. 55).

Em observância a isso, o presente trabalho irá abordar, ainda que brevemente, as discussões envolvendo o regime principiológico do Direito Administrativo Sancionador.

### 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ENQUANTO PARÂMETRO PRINCIPOLÓGICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Estado sancionador pune pelo descumprimento da norma, obedecendo um regime jurídico determinado, bem como as garantias constitucionais expostas, a partir do denominado *ius puniendi* estatal (do latim, *ius* = direito e *puniendi* = punição), ou seja, é o direito do Estado de punir, que pode ser manifestado em diversas esferas, como no direito penal e no direito administrativo. Trata-se, dessa forma, do direito do Estado de aplicar as sanções previstas na legislação vigente, também chamado de direito sancionador (SOUSA, 2020, p. 12).

Conforme visto, é imprescindível a institucionalização de modelos sancionatórios para que se promova o resguardo dos bens e interesses valiosos à forma de organização política estatal. Nestes modelos, as sanções são consequência do processo de imputação de responsabilidade em razão da prática de condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico. O crescimento das normas sancionadoras é um fenômeno dinâmico, delineado a partir da mutabilidade dos interesses públicos no tempo e no espaço, e enseja a necessidade de o estudo do Direito Público repousar sobre as mudanças ocorridas e as tendências atuais (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 85).

O direito sancionador penal seria o direito sancionador por excelência, do qual emanam as normas, garantias e princípios jurídicos aplicáveis à esfera sancionatória em geral, como a exigência da reserva legal, o primado da presunção de inocência do acusado, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, a proporcionalidade das penalidades, e demais princípios de ordem garantista (SANTOS, 2007, p. 2)

O direito administrativo sancionador, por sua vez, representa o ramo de análise científica do domínio punitivo da improbidade, conforme visto. Nessa toada, o DAS “passou a congregar todas as sanções imponíveis por ilícitos praticados por agentes públicos, mesmo que decretadas pela jurisdição cível comum, já que não revestidas de caráter penal” (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 94).

Verifica-se que a edição da Lei 8.429/1992 representa uma grande causa propulsora<sup>11</sup> do crescimento do direito administrativo sancionador no Brasil, dada a natureza de suas severas

---

<sup>11</sup> Oliveira e Grotti elencam os principais fatores que alavancaram a abrangência do Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro. São eles, nas palavras dos autores: (i) a construção e consolidação do estudo das sanções administrativas, à luz da teoria do ato administrativo, com a decomposição dos seus elementos e pressupostos, bem como com a investigação dos aspectos discricionários da competência administrativa sancionadora, incluindo a análise dos atributos de presunção de legitimidade e de veracidade, de

sanções (GROTTI, 2019, p. 15). Mais ainda, a recente reforma da referida lei trouxe uma das primeiras menções expressas do termo “direito administrativo sancionador” na legislação, mais especificamente no já referenciado art. 1º, § 4, consignando a consolidação desse ramo jurídico no ordenamento pátrio.

Todavia, o direito administrativo sancionador se manifesta, cada vez mais, em diversas órbitas de responsabilidade, se difundindo em diversas direções, conforme apontam Grotti e Oliveira (2020, p. 88):

Na esfera jurídica da própria Administração Pública, em matérias como regime disciplinar de diversas funções públicas (âmbito civil e militar), licitações e contratos, utilização de bens públicos e serviços públicos. Na regulamentação de atividades sujeitas a competências ordenatórias, típicas de polícia administrativa, como segurança pública, trânsito, meio ambiente, saúde pública, proteção de consumidores, ordem financeira, tutela da concorrência, tutela da ordem urbanística, mercados de valores mobiliários, pesos e medidas, patrimônio cultural etc. Na regulação de setores sociais e econômicos relevantes, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, transportes terrestres e aquaviários, águas, aviação civil, saneamento básico, educação, terceiro setor etc. Na tutela da probidade, no regramento de códigos de conduta e de ética, da improbidade administrativa, de atos lesivos à administração nacional e estrangeira etc.

Rememora-se que, para além da incidência processualmente administrativa do DAS, Osório aponta a existência de um Direito Administrativo Sancionador judicializado, constituído a partir da existência de normas de Direito Administrativo que contemplam condutas proibidas e sanções cuja aplicação depende dos juízos e tribunais, não sendo viável à Administração Pública aplicá-las diretamente. Isso porque se trata de sanções mais graves, semelhantes às do Direito Penal, porém inegavelmente de Direito Administrativo, e suas prerrogativas

---

imperatividade, de executividade e de autoexecutoriedade no campo das sanções; (ii) a elaboração da teoria do processo administrativo, na esteira do desenvolvimento científico do devido processo legal como garantia fundamental na esfera administrativa sancionadora; (iii) o estudo da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição para o Direito Penal ao campo do DAS, considerando a sua singularidade; (iv) a teoria da regulação no campo da intervenção do Estado na ordem econômica e social, com a atribuição de competências sancionadoras a entidades administrativas independentes (“agências reguladoras”), na esteira do fenômeno de privatização e de reforma do Estado; (v) o desenvolvimento de estudos de competências administrativas sancionatórias no campo do Direito Ambiental, Econômico e Tributário, e merecendo igual destaque ao Direito Disciplinar; (vi) o aprofundamento das investigações sobre as competências sancionatórias dos Tribunais de Contas; (vii) o exame contínuo e progressivo do Direito da Improbidade Administrativa, e do Direito Disciplinar; (viii) a criação e atribuição de competências sancionadoras disciplinares aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público; (ix) a aceitação da existência, no direito brasileiro, de microssistema anticorrupção, com a necessidade de estudo sistemático das diversas legislações de DAS que tangenciam este complexo microssistema; (x) a introdução de teorias jurídicas inspiradas no pragmatismo, destacadamente no consequencialismo, destacando a função instrumental, regulatória, de ferramenta institucional da sanção administrativa no contexto de modelos sancionatórios; (xi) a introdução de técnicas de consensualização no desempenho da atividade sancionatória no campo do DAS, acompanhando fenômeno similar ao Direito Penal. Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: Revista Interesse Público, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020, p. 88.

veiculariam sanções materialmente administrativas – como aquelas constantes na Lei 8.429/1992 (OSÓRIO, 2022, p. 52)

Nesse sentido, o direito administrativo sancionador tem sido objeto de frutíferas discussões doutrinárias, especialmente quanto às suas fronteiras com o direito penal, dado que ambos os ramos jurídicos são tomados como duas faces de uma mesma moeda: o poder de intervenção punitiva do Estado.

Portanto, faz-se necessário examinar mais detalhadamente as características e elementos dessa esfera jurídica, bem como abordar sua estreita relação com o direito penal.

### 3.1 AS FRONTEIRAS ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO PENAL: UM PANORAMA HISTÓRICO

Embora não haja, no Brasil, o mesmo nível de difusão científica já alcançado em alguns países europeus<sup>12</sup>, que há mais tempo se preocupam com as controvérsias geradas pela expansão desse campo jurídico, o direito administrativo sancionador consiste em um importante ramo do direito administrativo que visa tutelar juridicamente a Administração Pública por meio da imputação de sanções como forma de punição àqueles que violam o bem jurídico atinente ao Estado. Ou seja, o Estado é vítima da infração legal, sendo sujeito passivo geral, e ele próprio se manifesta para punir e prevenir novos prejuízos ou, então, é representado judicialmente pelo Ministério Público para tanto (SOUSA, 2020, p. 23).

Esta importante ramificação jurídica vem recebendo atenção doutrinária contínua e crescente da doutrina publicista brasileira, especialmente após a Constituição Federal de 1988.

Em decorrência disso, o direito administrativo sancionador tem sofrido inúmeras mudanças atreladas, principalmente, à sua crescente relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que exigem a sua adequação ao texto constitucional, sobretudo no que tange ao regime jurídico aplicado às manifestações do Estado sancionador, a fim de que não possua uma abrangência extrema e potencial violação de garantias fundamentais. Nessa perspectiva, a discussão se desenrola, notadamente, no campo das disciplinas do Direito Penal e do Direito Administrativo. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 84).

---

<sup>12</sup> No presente trabalho, confere-se especial atenção à Espanha (vide tópico 3.1.1. do presente trabalho), leito de importantes doutrinas especializadas em Direito Administrativo Sancionador, de autores como Tomás Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría, Lucía Alarcón Sotomayor e Joaquín de Fuentes Bardají, que servem de inspiração para a doutrina brasileira.

Assim, para que se possa compreender o direito administrativo sancionador enquanto base principiológica aplicável ao regime sancionador de improbidade administrativa, é inevitável abordar seu desenvolvimento histórico e sua comunicação com o direito penal.

Inicialmente, verifica-se que é no direito romano que se encontram as raízes institucionais do poder punitivo estatal, a partir da consolidação de um poder de impor padrões de condutas proibidas e de sancionar os transgressores desses modelos normativos.

Desenvolveu-se, ao longo dos tempos e costumes, um direito punitivo a ofensas contra bens jurídicos valiosos à sociedade (como a propriedade, vida humana e honra), além de certos ilícitos contra o Estado, como traição e deserção. Na República romana, o sistema repressivo era judicializado, malgrado houvesse uma confusão entre as competências administrativas e jurisdicionais e, especialmente, entre as funções de prevenção e repressão.

Nesses momentos históricos, o direito punitivo era visto de forma unitária, ainda não tendo caminhado em direção à diversificação funcional, como ocorreu posteriormente, com a evolução do poder sancionador para o direito punitivo e a bifurcação desse em direito penal e direito administrativo sancionador, sob o critério funcional.

Nesse sentido, no direito moderno são encontradas as raízes do direito administrativo sancionador, porque é a partir da Revolução Francesa que surgem e se consolidam dois princípios fundamentais: as teorias sobre as sanções administrativas, quais sejam, os princípios da separação de poderes; e da separação das autoridades judiciais e administrativas (OSÓRIO, 2018, p. 195-197)

A teorização inaugural do direito administrativo sancionador se deu fundamentalmente na Europa, em países como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha, sendo estes precursores relevantes na aplicação do Estado sancionador (SOUSA, 2020, p. 25). Remonta-se ao contexto político da segunda metade do século XIX, em que Estados nacionais europeus passaram a consolidar a teoria da divisão de poderes, tornando mais forte a separação entre os conceitos de ilícito penal e administrativo (OLIVEIRA, 2012, p. 62-63).

Impulsionado pelas reformas francesas, tal separação visou delimitar o poder administrativo-sancionador estatal em um contexto de Estado liberal e de tutela jurídica de direitos atrelados ao liberalismo e individualismo (primeira dimensão de direitos fundamentais), gerando como fruto o fenômeno de penalização dos ilícitos administrativos, haja vista que o direito penal possuía um maior sistema de garantias uniformemente aplicado. Assim, ao direito administrativo sancionador havia restado função residual.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma transição, quase que generalizada, de um sistema político liberal para um Estado de bem-estar social (*welfare state*)<sup>13</sup>, com a tutela jurídica de direitos sociais de forma atrelada a uma atuação positiva do Estado (segunda dimensão de direitos fundamentais). Com isso, novas condutas passaram a ser regulamentadas e, por conseguinte, novos ilícitos são tipificados tanto em âmbito administrativo quanto penal. Esse fenômeno não se deu somente em razão da nova atuação intervencionista do Estado, mas também na medida em que se tratou de um instrumento para combater infrações prejudiciais ao sistema econômico (OLIVEIRA, 2012, p. 89-92).

Na Alemanha do pós-guerra, por exemplo, a expansão do Direito Administrativo sancionador se manifesta como reação à hipertrofia do Direito Penal acessório, ocasião em que uma significativa parcela dos crimes de menor potencial ofensivo foi levada ao âmbito do recém-inaugurado “Direito de ordenação social”, tornando mais judicializado o direito administrativo.

O direito espanhol, por sua vez, a partir do entendimento doutrinário predominante no sentido de ser unitário o poder punitivo do Estado, consagrou a aplicação dos princípios penais e processuais penais ao Direito Administrativo Sancionador (GUARDIA, 2014, p. 775).

Enfim, o contexto do pós-guerra justificou a ampliação das funções do Estado para a tutela de bens jurídicos difusos e coletivos em uma tentativa de, também, reduzir a amplitude do direito penal, que à época já mostrava seus problemas decorrentes de sua hipertrofia. Desse modo, no segundo pós-guerra, com vistas à limitação da expansão do direito penal, há uma reversão na tendência de criminalização de condutas administrativas que marcou as legislações penais pós-revolução francesa (OLIVEIRA, 2012, p. 89-92).

Avançando alguns anos nessa “linha do tempo” do direito administrativo sancionador, também não há como se abordar suas fronteiras cada vez mais estreitas com o direito penal sem fazer alusão à sociedade de risco descrita por Ulrich Beck (1986).

O paradigma da sociedade de risco decorre da crescente globalização e os avanços tecnológicos e científicos emergentes, especialmente, a partir da década de 1980, e que, se por um lado possuem diversos aspectos positivos, por outro, em razão de sua utilização desenfreada, ameaçam a segurança jurídica e social. Isso porque, como observa Ulrich Beck (1986, p. 34-36), a pretensão de dominar a natureza por meio da racionalidade atingiu patamares

---

<sup>13</sup> Há discussões acadêmicas quanto à (não) caracterização do *welfare state* no contexto do Brasil, diante da força do viés neoliberal na construção dogmática do direito brasileiro. Ver mais em NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar Social: origens e desenvolvimento. Revista Katálysis, núm. 5, jul-dez, 2001, pp. 89-103.

(contraditoriamente) irracionais, de modo a originar riscos globais, visto que as novas tecnologias e informações desenvolvidas ao fim do século XX podem, nas mãos erradas, atuar como importante instrumento facilitador para o cometimento de ilícitos, inclusive de caráter transnacional<sup>14</sup>.

Com isso, desenvolveu-se a necessidade social de tutelar penalmente bens jurídicos difusos que emergiram nesse contexto. Desta feita, houve novamente uma tendência de criação de novos tipos penais como meio de garantia de obediência à ordenação do Estado e de proteção à ordem econômica, verificando-se o retorno de um processo de penalização de ilícitos administrativos (OLIVEIRA, 2012, 119).

Assim, ambos os ramos jurídicos em comento desempenham funções similares de enfrentamento de desafios não previstos nos passados séculos XVIII-XIX e em boa parte do século XX, desafios estes relacionados à macrocriminalidade – que se expandiu com a “sociedade de risco” denominada por Beck (1986).

Desse modo, na sociedade pós-capitalista de informação, em tempos de Revolução Tecnológica e veloz aprofundamento dos processos de globalização, passa-se a exigir reações estatais que não se resumem nem ao Direito Administrativo Sancionador, nem ao Direito Penal de forma isolada. Com efeito, a demanda recai na harmonia e coerência na utilização de instrumentos estatais preventivos e repressivos, visto que, na medida em que os ilícitos assumem proporções mais agressivas, o Estado se torna mais agressivo (OSÓRIO, 2022, p. 149)

Portanto, pode-se inferir que há, historicamente, um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador, a depender das conjunturas sociais e opções políticas de determinada época, com a passagem de condutas do direito penal para o direito administrativo, ou vice-versa (OLIVEIRA, 2012, p. 91).

Anota-se que a doutrina enfrenta uma enorme dificuldade de diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo e qualidade das penas. Prova disso é que o legislador possui plena discricionariedade para, se assim quiser, “administrativizar” ilícitos penais ou, de outro lado, criminalizar ilícitos administrativos (OSÓRIO, 2022, p. 157-158).

---

<sup>14</sup> Ulrich Beck leciona que, na medida em que as ameaças e riscos decorrentes da modernização se acentuam e generalizam, revogando as “zonas residuais de imunidade,” a sociedade de risco desenvolve uma tendência a unificação objetiva de suscetibilidades em situações de ameaça global. Cf. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 57.

Com efeito, o Estado legislador pode optar por uma ou outra política pública repressiva, com maior ou menor utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador. A vontade legislativa é a mais legítima e autorizada fonte de distintos regimes jurídicos impostos ao poder punitivo estatal, à luz da forma de organização característica do Estado Democrático de Direito.

Um dos mais significativos critérios de diferenciação entre direito penal e direito administrativo sancionador sustentado pela doutrina, de acordo com Osório (2022, p. 135), diz respeito ao conteúdo de suas respectivas normas. Nas normas administrativas, o que se buscaria proteger seriam os interesses da própria Administração, resultando na ideia de um Direito Administrativo estatutário, em sentido estrito. Já o Direito Penal seria global e objetivaria a regulação da sociedade como um todo.

Outro critério de diferenciação se refere à divergência qualitativa entre sanções administrativas e penais, quanto ao seu conteúdo e seus efeitos. O poder sancionador da Administração Pública seria uma função administrativa, ao passo que o poder judicial sancionador seria uma função jurisdicional.

Um terceiro critério construído doutrinariamente para diferenciar direito penal e administrativo sancionador seria referente ao caráter moral do direito penal, que faria referência a normas de cultura, enquanto o direito administrativo não realiza valoração substancial das condutas, mas visa tão somente regular a atividade administrativa (OSÓRIO, 2022, p. 135).

Osório (2022, p. 136) desbanca as três teses acima expostas ao identificar, por exemplo, que as sanções administrativas podem ser mais severas do que sanções penais, e que não há grandes diferenças finalísticas entre tais ramos jurídicos, porquanto o direito penal está cada vez mais pragmático, tutelando interesses difusos e coletivos, enquanto o direito administrativo, a seu turno, exerce a tutela de valores éticos e morais (como ocorre, por exemplo, na própria Lei de Improbidade Administrativa). Ademais, ambas as espécies sancionatórias acabam por exercer a função de restauração de ordem e repressão ao agressor.

Desta feita, conclui-se que é plenamente possível o Legislador elencar os caminhos mais adequados e idôneos para tutelar determinados bens jurídicos. Trata-se de espaço discricionário legítimo do Poder Legislativo, que pode optar por efetivar essa tutela pela perspectiva penal, administrativa ou por ambas, ou ainda recorrer a outras modalidades.

Consequência disso é que, na contemporaneidade, há um cenário de existência concomitante de sanções em ambas as esferas jurídicas, aplicáveis a uma mesma conduta ilícita,

de modo que não se fala mais em “passagem” de uma dimensão para outra, mas sim de uma sobreposição punitiva que reforça o desvalor jurídico da conduta (OLIVEIRA, 2012, p. 91).

Contudo, esse panorama é caracterizado, atualmente, por uma hipertrofia tanto do direito administrativo sancionador quanto do direito penal – que, de forma contraditória a seus próprios fundamentos, passa a tutelar bens jurídicos indefinidos e/ou indetermináveis.

Assim, há uma relevante ampliação do direito administrativo sancionador, que passa a exercer, também, a função de regulação social. Trata-se de fenômeno que se conhece por “administrativização do direito penal”, com sob a justificativa de se pretender preservar o direito penal como *ultima ratio*.

Nessa orientação, o direito penal caminha, a largos passos, em direção ao direito administrativo e, concomitantemente e na mesma medida, também o direito administrativo se aproxima do direito penal, se tornando cada vez mais punitivo, tendência denominada pela doutrina como penalização do direito administrativo (BACH, 2021, p. 43).

No entanto, Osório aponta que, considerando os distintos campos jurídicos nos quais o Direito Administrativo Sancionador pode incidir, este se mostra muito mais amplo que o Direito Penal, dado que inclusive atua como instrumento repressivo de uma enorme variedade de órgãos e entidades, diferentemente do que ocorre na seara criminal. Desse modo, segundo o autor, é “natural que a diversidade dos regimes jurídicos induza a uma ideia de falta de unidade dogmática, decorrente da fragmentação dos direitos em jogo, oriundos de áreas muito distintas, cobertas por normativas variadas e multiplicadas pelo pacto federativo” (2022, p. 53).

A necessidade de buscar a aplicação do direito administrativo sancionador em estrita obediência ao texto constitucional, a fim de que possibilite sua limitação racional, traz a concepção, adotada por alguns doutrinadores no Brasil, de um único *jus puniendi*, ou seja, devem as sanções incidirem em um mesmo regime jurídico, a fim de que o ordenamento jurídico consista em um arcabouço normativo coerente e racional.

### 3.2 A DISCUSSÃO SOBRE A UNIDADE JURÍDICA DO *IUS PUNIENDI*: A TRANSPOSIÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Existem fortes discussões doutrinárias quanto à diferenciação entre sanções advindas de poderes sancionatórios de esferas jurídicas diversas. Restringindo a análise ao *ius puniendi* penal e administrativo sancionador, uma parte da doutrina entende como uma diferença qualitativa (como propõem as teorias diferenciadoras) e a outra parte entende como uma diferença quantitativa, como propõem as teorias unitárias (MAÑALICH, 2014, p. 544).

Em análise superficial, tal discussão aparenta ser de interesse puramente teórico. Todavia, quando se adentra à análise dos efeitos da assunção de uma ou outra posição, percebe-se sua relevância sob muitos aspectos de política legislativa e interpretação e aplicação de garantias constitucionais e processuais.

Esse debate é especialmente relevante no que concerne ao impedimento da aplicação conjunta de distintas sanções por um mesmo fato (*bis in idem*), bem como no que tange à transferência de condutas do direito penal para o administrativo, ou “administrativização” do direito penal (OLIVEIRA, 2012, p. 101).

É importante ressaltar essa questão, haja vista que, reconhecida a possibilidade de um acusado no âmbito sancionatório público extrapenal possuir as mesmas garantias a que teria direito se estivesse sendo penalmente processado, essa perspectiva poderá se aplicar, também, na seara da improbidade administrativa, ante a natureza administrativa de suas sanções. Assim, se está diante de debate essencial para o estudo pretendido no presente trabalho, qual seja, o *ne bis in idem* na improbidade administrativa.

Dois dos autores contemporâneos que representam a posição de defesa das teorias diferenciadoras são Tomillo e Rubiales (2010, p. 69-72), os quais fundamentam a separação entre esferas penal e administrativa sancionadora no princípio da lesividade do bem jurídico. Isto é, para os autores, a principal distinção dessas áreas jurídicas recai no fato de que, enquanto o direito penal objetiva a proteção de bens jurídicos, o direito administrativo sancionador se ocupa de reforçar um modelo específico de gestão na Administração Pública, por intermédio de sanções de caráter repressivo.

Alejandro Nieto também é defensor da corrente crítica que nega a tese de um poder punitivo estatal unitário. Na opinião do autor, o poder administrativo sancionador se encontra no conceito de “gestão” ou “intervenção” estatal, de forma próxima à função administrativa, o que não deve se confundir com o poder de polícia (NIETO, 1994 *apud* OSÓRIO, 2022, p. 154-155).

No tocante à doutrina brasileira, Fábio Medina Osório (2022, p. 154-155) demonstra concordar com a posição de Nieto, ao argumento de que o Direito Administrativo Sancionador

possui objetivos intimamente ligados à busca de interesses públicos, que se regem por normas e princípios diversos daqueles que incidem sobre o direito penal.

Nesse sentido, o autor afirma que o discurso de unidade do *ius puidendi* encontra barreiras de ordem prática e teórica, haja vista que os regimes jurídicos do direito penal e do direito administrativo sancionador são distintos, não apenas entre si, mas em suas respectivas estruturas próprias, em que o tratamento normativo e principiológico pode ser muito diverso (OSÓRIO, 2022, p. 140)

Significa dizer que os respectivos princípios aplicáveis a uma e a outra esfera jurídica possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, razões pelas quais o autor defende a teoria diferenciadora dos poderes punitivos.

Sob o viés oposto, a teoria unitária do *ius puniendi* estatal tem ganhado força na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

O entendimento majoritário é que não há diferenças substanciais entre normas advindas desses dois poderes punitivos. Esse foi o ponto de partida para uma série de construções teóricas e jurisprudenciais em Tribunais Superiores, Cortes Constitucionais Europeias e, mais adiante, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Seria assumir a existência de um único poder sancionatório, que poderia se manifestar de diversas formas (na esfera penal, administrativa, eleitoral etc.). A diferença, portanto, seria formal, e não qualitativa. O Tribunal Constitucional chileno validou essa tese, em sentença de nº 244, proferida já em 1996, declarando que (CHILE, 1996, p. 3):

[...] los principios ordenadores del orden penal contemplados em la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado

Ana Carolina Carlos Oliveira (2012, p. 108) explica que os autores que defendem essa teoria sustentam que, no contexto do Estado social intervencionista, bens que tradicionalmente eram tutelados unicamente pela administração pública passam a integrar Constituições Federais e os bens jurídicos penais nela inscritos. Assim, passa a ser atrelada tão somente ao legislador a opção entre atribuir a determinada conduta uma sanção administrativa ou uma pena.

Trata-se de tese advogada por considerável parcela da doutrina no Brasil, que aborda a questão envolvendo a política legislativa de proteção a bens jurídicos de interesse tanto da Administração Pública, quanto do Direito Penal.

Helena Regina Lobo da Costa está entre os defensores da teoria unitária do poder punitivo, sustentando que “afastar a concepção unitária do *ius puniendi* resulta em não aceitar a simples transposição do regime jurídico do direito penal ao direito administrativo sancionador” (2013, p. 176), e que a relevância dessa tese está em seu caráter retórico e constitucional, que serve à justificação de maiores garantias nas demais instâncias punitivas estatais, para além do direito penal (2013, p. 177).

A autora explica que a principal consequência prática da concepção unitária do *jus puniendi* “consiste na aceitação de que, tratando-se de fenômeno idêntico (já que o direito penal e o direito administrativo seriam manifestações deste mesmo fenômeno), deveria incidir o mesmo regime jurídico” (2013, p. 174).

Também no cenário brasileiro, convergem nesse discernimento autores como Miguel Reale Júnior (2007) e Rafael Munhoz Mello. Este último aduz que o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito e seus subprincípios corolários constituem o pilar do regime jurídico punitivo e se aplicam a quaisquer manifestações do poder público estatal, independentemente de ser ele exercido diretamente pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário (MELLO, 2007, p. 45).

Todavia, as esferas sancionatórias administrativas, cíveis e penais não irão obrigatoriamente se correlacionar, havendo possibilidade de que seus caminhos sequer se cruzem em determinadas situações. Tanto por isso é que não há como se admitir, de forma absoluta, nem a teoria diferenciadora, nem a teoria unitária das sanções estatais (OLIVEIRA, 2012, 126-127).

Nessa perspectiva, o importante é ter em mente que as sanções para delitos e para infrações administrativas (seja ela no âmbito administrativo *strictu sensu*, seja na improbidade administrativa) são ambas manifestações do poder punitivo estatal enquanto fruto do “contrato social” existente para a proteção de bens jurídicos relevantes (TOMILLO; RUBIALES, 2014, p. 90).

Desta feita, uma boa parcela da doutrina (não apenas brasileira, como também internacional) defende a superação do debate entre as diferenças quantitativas e qualitativas entre sanções penais e administrativas, a fim de que o foco da discussão passe a ser a origem comum do poder punitivo do Estado (OLIVEIRA, 2012, p. 126).

Tomillo e Rubiales (2010, p. 90) igualmente concordam com a necessidade de se centralizar o debate na origem comum do *ius puniendi* estatal e ressaltam que tal centralização

não implica necessariamente em admitir a tese quantitativa (teoria unitária) como a única correta, tampouco a teoria diferenciadora.

Com efeito, uma minoria dos estudiosos da temática defende de forma pura de uma ou outra tese (identidade ou separação absoluta entre sanções penais e administrativas). Isso porque essa dicotomia é criada muito mais para facilitar a visualização dos diferentes posicionamentos doutrinários e viabilizar o debate do que, propriamente, para criar um embate polarizado.

O direito penal e o direito administrativo sancionador possuem comum origem constitucional e, portanto, regem-se pelos princípios constitucionais concatenados ao poder punitivo estatal. Porém, o fato de convergirem no tocante à lógica principiológica garantista que rege o direito de punir do Estado não significa, necessariamente, que há uma identidade de regime jurídico. Nesse sentido, a reflexão de Osório acerca da bifurcação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador (2022, p. 149):

É verdade que o poder estatal sancionatório, que era unificado e depois se especializou, deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas, há de ser público, proporcional. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que, no plano concreto, esses princípios apresentem diferenças entre si.

Assim, ainda que o direito penal e administrativo sancionador não se valham das mesmas técnicas e nem encontram os mesmos regimes jurídicos, ambos adentram núcleos de estruturação dos direitos fundamentais dos acusados – sob o prisma da cláusula do devido processo legal (OSÓRIO, 2022, p. 156).

Nesse aspecto, Gomez Tomillo e Rubiales (2010, p. 66) sustentam que o direito penal é uma construção intelectual e científica que deve servir como a “casa comum” de toda manifestação punitiva do Estado, independentemente dessa manifestação estar ou não inserida na esfera criminal.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) chegou à mesma conclusão, ao firmar um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados. Haja vista as diversas demandas de violações a direitos processuais por parte dos Estados-membros, que se defendiam das acusações alegando que, por serem as sanções impostas decorrentes de procedimentos administrativos, não se sujeitariam às mesmas regras e princípios processuais dispostos em tratados internacionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o TEDH se viu na necessidade de adotar uma tese conclusiva sobre a questão. Nesse contexto, o Tribunal entendeu

que determinados direitos de defesa característicos da esfera processual penal não poderiam ser flexibilizados pela administração durante o exercício de seu poder sancionador.

Isso porque o TEDH estabeleceu um conceito de garantias penais em sentido amplo, aplicáveis não apenas à seara criminal em sentido estrito, mas a todas as manifestações sancionatórias estatais. O paradigma para o reconhecimento dessa correlação entre esferas sancionatórias distintas é o caso *Oztürk*, de 1984, em que um cidadão turco residente na Alemanha, ao iniciar processo administrativo contra uma aplicação de multa de trânsito, teve reconhecido os mesmos direitos e garantias conferidas àqueles que respondem processos criminais – *in casu*, discutia-se a garantia à assistência gratuita de um intérprete. O cidadão sustentou que havia sido vítima de violação do artigo 6.3-e. da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) pois havia sido obrigado a pagar as custas do intérprete, enquanto o Governo argumentava, de outro lado, não ser aplicado o referido artigo, pois o demandante não era acusado de uma infração penal (TEDH, 1984, p. 15).

A Comissão Europeia de Direitos Humanos deu seu parecer sobre o caso, antes de seu julgamento final, em relatório datado de 1982, no sentido de que o artigo sexto da CEDH claramente se aplica infrações administrativas, como as de trânsito, e que não há distinção entre infrações administrativas e penais para fins da incidência do referido dispositivo (1982, p. 25).

No entender do tribunal, o legislador, ao eliminar certas condutas da categoria de infrações penais e “administrativizá-las”, observa, ao mesmo, tempo, aos interesses do indivíduo (haja vista que respeita o princípio do direito penal com *ultima ratio*, em atenção à gravidade das sanções oriundas desse ramo jurídico) e também os requisitos da boa administração da justiça, especialmente na medida em que liberta as autoridades judiciárias da perseguição e repressão de infrações numerosas, mas de pouca importância em comparação àquelas condutas tipificadas no direito penal, que ofendem bens jurídicos de especial relevância. No entanto, se os Estados pudessem a seu bel prazer, ao qualificar uma infração como “administrativa” em vez de criminal, renunciar às regras dos artigos 6º e 7º, a aplicação destes estaria subordinada à sua vontade, de forma arbitrária. Isso poderia levar a consequências incompatíveis com o objeto e a finalidade da Convenção em tutelar os direitos humanos (TEDH, 1984, p. 15-16).

Assim, segundo o TEDH, o caráter geral da norma e o objetivo repressivo da sanção aplicada ao demandante (*Oztürk*) demonstra a natureza penal da infração discutida no litígio e, portanto, a aplicabilidade o artigo 6 da CEDH. Por isso, a resolução do caso se deu no sentido de que houve, de fato, violação ao artigo 6.3. da Convenção, pois as garantias próprias do direito

penal se estenderiam à aplicação de sanções administrativas de caráter repressivo (TEDH, 1984, p. 17).

Por fim, a partir da interpretação do julgamento do caso em comento, infere-se que o TEDH<sup>15</sup> firmou o entendimento de que o direito administrativo sancionador corresponderia a uma espécie de subsistema penal, que garante as mesmas garantias a serem conferidas ao acusado, tendo em vista a gravidade de suas sanções. Ou seja, a gravidade da sanção e seu objetivo repressivo é um dos principais parâmetros para se estender a uma diferente esfera sancionatória as mesmas garantias processuais consagradas no direito penal.

Retomando o contexto brasileiro, reporta-se brevemente ao paradigmático julgamento da Reclamação Constitucional n. 41.557, ocorrido em 15 de dezembro de 2020, o qual será mais bem analisado em tópico acerca do *ne bis in idem*.

Por ocasião do julgamento da referida reclamação, o ministro relator Gilmar Mendes consignou em seu voto que o Direito Administrativo Sancionador “se aproxima muito do Direito Penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal” (2020, p. 8).

O ministro entendeu que é preciso adotar um enfoque integrado no campo da política sancionadora e que o Direito Administrativo Sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema de ordem jurídico-penal, nos termos utilizados por Ana Carolina Carlos Oliveira (2012, p. 128).

Em trecho citado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgado em comento, Oliveira (2012, p. 241) defende que “a unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador”. Dentre essas garantias estão a legalidade, a proporcionalidade, a presunção de inocência e o *ne bis in idem*, objeto do presente estudo.

Nesse sentido, o ministro relator consigna que essa aplicação dos princípios, não somente dentro dos dois subsistemas sancionadores, mas principalmente na relação que se coloca entre ambos, constitui uma “baliza hermenêutica para a qualidade da relação” (2020, p. 13).

---

<sup>15</sup> O paradigmático Caso Grande Stevens, também julgado pelo TEDH, será mencionado e aprofundado no último capítulo, em conjunto com outros precedentes internacionais destacados, na ocasião de análise da garantia do *ne bis in idem*.

Por fim, extrai-se do voto<sup>16</sup> do ministro Gilmar Mendes que, no regime jurídico punitivo brasileiro, é imperiosa a transposição de garantias constitucionais e penais para o Direito Administrativo Sancionador. Todavia, o julgamento não foi afetado à Repercussão Geral, tampouco foi editada súmula vinculante, de modo que, na prática jurídica, tal entendimento ainda não é aplicado de forma pacífica pelos tribunais brasileiros.

Ainda assim, extremamente pertinente a assimilação da Suprema Corte, a qual é adotada no presente trabalho para considerar que as garantias do direito penal devem ser estendidas para o direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, ao regime jurídico sancionatório da improbidade administrativa, à vista do comando do art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/1992, com a nova redação dada pela Lei 14.230/2021.

Quanto à discussão sobre a suposta unidade jurídica do *ius puniendi*, adota-se, para o presente trabalho, o discernimento de que é necessário lançar um olhar sobre a ilicitude que “contemple a ideia de unidade do ordenamento jurídico, estruturando-se uma relação não de identidade, mas de coordenação entre os diferentes ramos que incidem na formação do ilícito e de sua sanção”, nos termos escolhidos por Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 235).

Isso porque falta de coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador instaura um cenário de sobreposição de sanções. Não raras ocasiões, a intensidade da sanção administrativa é mais acentuada que aquela instituída em processo penal, sem que a gravidade da reprimenda implique em um sistema completo de garantias, haja vista que há pouco desenvolvimento teórico sobre o conjunto de garantias aplicáveis no momento da imputação de sanção administrativa (GUARDIA, 2014, p. 780).

### 3.3 GARANTIAS E PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 À LUZ DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

À luz do constatado em tópico anterior, os preceitos constitucionais são fontes basilares para a construção teórica e prática do direito administrativo sancionador, tanto em uma orientação voltada à Administração Pública (consoante o art. 37 da Constituição Federal), como no que toca às garantias individuais do particular em detrimento do poder punitivo estatal (OSÓRIO, 2022, p. 188).

---

<sup>16</sup> O relator foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Nunes Marques e Carmen Lúcia, restando vencido o ministro Luiz Edson Fachin.

Nesse contexto, ressalta-se a intensa proximidade entre o regime do direito penal e do sancionamento à improbidade, uma vez que ambos os sistemas são aptos e legitimados para o alcance e limitação do rol de direitos individuais do cidadão, em prol do interesse social de restaurar a ordem, reprimir comportamentos ilícitos e prevenir novas infrações de normas jurídicas.

Um exemplo dessa proximidade é a atual competência sancionatória privativa do Ministério Público para promover a apuração, o processamento e a condenação pela prática de infrações por improbidade, tal como nos processos penais. A autoridade administrativa não dispõe de competência para impor o sancionamento previsto na Lei 8.429/1992 – ao contrário do que ocorre no âmbito sancionatório disciplinar, em que a própria autoridade investiga, processa e sanciona o servidor público, visto que se trata de punição de caráter muito mais pedagógico do que punitivo (JUSTEN FILHO, 2022, p. 29-30).

Considerando as semelhanças entre direito penal e direito administrativo sancionador enquanto duas manifestações do poder punitivo estatal, infere-se que o legislador intentou, com a atual redação do art. 1º, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa, emprestar conceitos do direito penal para a esfera da improbidade (especialmente no que tange a garantias processuais), bem como impor limites à persecução estatal e à propositura descontrolada de ações de improbidade – o que vai ao encontro com o posicionamento explorado no tópico anterior, referente à transposição de garantias do direito penal ao direito administrativo.

As normas constitucionais norteadoras da atuação dos operadores jurídicos no direito administrativo não se confundem com as normas que regem a atuação jurídica no campo penal. Todavia, considerando que “direito administrativo e direito penal confluem para dar nascimento ao direito Administrativo Sancionador”, a este se aplicam os princípios<sup>17</sup> do direito penal e processual penal, em simetria, respeitadas as devidas peculiaridades de cada seara (OSÓRIO, 2022, p. 87).

Nesse particular, ainda antes da Nova Lei de Improbidade Administrativa, o Superior Tribunal de Justiça (2007, p. 398) já entendia que as ações de improbidade administrativa:

São ações 'penaliformes', subordinadas muito mais de perto à 'principiologia' — repito: à 'principiologia' — típica do Direito Penal e do Processo Penal. Nesse sentido, o STJ tem orientação firme de que o objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator, penalidades essas substancialmente semelhantes às das infrações penais. Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim - a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de

---

<sup>17</sup> Essa expressão é aqui utilizada como expressão gênero, que pode abranger tanto princípios em sentido estrito (mandamentos de valor moral), quanto princípios enquanto garantias.

Improbidade e o direito penal -, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal. (REsp 885.836/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007)

Não se trata de reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se o segundo fosse normativamente superior ao primeiro. Trata-se apenas de, ao reconhecer a proximidade entre as duas esferas jurídicas, perceber que o maior desenvolvimento teórico da dogmática penal “pode servir de inspiração garantista na esfera do direito administrativo punitivo, uma vez que ambas são projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns” (OSÓRIO, 2018, p. 212).

Nesse sentido, em que pese não exista um conjunto explícito de garantias para os acusados de ilícitos administrativos, haja vista que o direito administrativo sancionador ainda reside em um universo lacunoso e pouco explorado pelo Poder Legislativo, o conjunto de garantias atinentes a esse ramo jurídico sancionador emerge da cláusula do devido processo legal, que embasa a dogmática do tratamento constitucional conferido à LIA.

Desta feita, ao situar a improbidade administrativa no ramo do direito administrativo sancionador, “sai-se de um terreno árido, desprovido de garantias, e entra-se em um terreno que, embora deficitário, mormente em comparação com o direito penal, ostenta inegável evolução científica” (OSÓRIO, 2018, p. 210).

Isso porque a inserção da improbidade no campo do direito administrativo sancionador significa submetê-la a maiores garantias e permitir uma correta interpretação da lei, em observância às outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo, como, por exemplo, a vedação à arbitrariedade e excessividade dos poderes públicos punitivos. Pela própria lógica da proporcionalidade, quanto mais gravosa a resposta estatal, tanto mais completo deverá ser o regime de garantias processuais aplicável, em razão de um juízo de adequação entre o dano e a sanção (GUARDIA, 2014, p. 785).

Assim, junto à lógica trazida pela aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador, sobrevieram, com a Lei 14.230/2021, diversas modificações que concederam maiores garantias ao réu em ação de improbidade. Dentre as principais alterações promovidas pelo novel diploma legal, destaca-se, a título exemplificativo:

- i. A exigência de dolo específico, devidamente comprovado, para punição por improbidade, não sendo mais possível a imputação por ato culposo (art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º);

- ii. a impossibilidade de responsabilização do agente público por ato que seja objeto de divergência interpretativa ou jurisprudencial quanto à sua legalidade (art. 1º, § 8º);
- iii. a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade, com a expressa exigência de qualificação dos fatos à vista dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429 e individualização da conduta (art. 17, § 6º, inciso I);
- iv. a inaplicabilidade de imposição do ônus da prova ao réu (art. 17, § 19, inciso II)
- v. a comunicação de sentença absolutória penal, confirmada em segundo grau, por qualquer dos fundamentos de absolvição dispostos no art. 386 do Código Processual Penal, à ação de improbidade administrativa, impedindo seu trâmite.
- vi. a não aplicabilidade da remessa necessária no caso de improcedência da ação<sup>18</sup> (art. 17-C, inciso VII, § 3º)

As inovações supracitadas representam algumas das mudanças introduzidas pela Lei 14.230/2021 que evidenciam a intenção do legislador de esclarecer ao intérprete e aplicador da norma jurídica o caráter repressivo da ação de improbidade administrativa, semelhante à lógica do direito penal e, por essa e por outras razões, o réu deve dispor de maiores garantias (processuais e substanciais) em face do poder punitivo do Estado, aplicando-se os princípios do direito administrativo sancionador, emprestados, por simetria, do direito penal (OSÓRIO, 2022, p. 204)

Assim, com a previsão taxativa das condutas de improbidade e aplicação expressa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, os operadores do direito passam a dispor de maiores instrumentos para a realização de uma análise mais aprimorada da Lei de Improbidade Administrativa, sanando as lacunas e ambiguidades legislativas a partir dos princípios e garantias próprias do direito punitivo.

As garantias são espécies de instrumentos para efetivação e concretização de direitos, podendo ser divididas entre garantias materiais e garantias processuais. Dentro da discussão acerca do arsenal axiomático do direito penal<sup>19</sup>, as garantias materiais seriam, conforme elucida

---

<sup>18</sup> A remessa necessária era comumente aplicada nas ações de improbidade administrativa, quando julgadas improcedentes, por analogia ao regramento constante no art. 19 da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965), com fundamento no “interesse público”.

<sup>19</sup> Nesse sentido, o autor aponta a existência de dez principais axiomas que regem o modelo garantista clássico que rege o direito penal, quais sejam: A1. *Nulla poena sine crimine*; A2. *Nullum crimen sine lege*; A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4. *Nulla necessitas sine injuria*; A5. *Nulla injuria sine actione*; A6. *Nulla actio sine culpa*; A7. *Nulla culpa sine iudicio*; A8. *Nullum iudicium sine accusatione*; A9. *Nulla accusatio sine probatione*; A10. *Nulla probatio sine defensione*. Os axiomas A1 a A6 seriam referentes às garantias materiais, e os axiomas

o Luigi Ferrajoli, aquelas relacionadas a postulados como o da proporcionalidade, taxatividade, legalidade e individualização das penas, que incidem no momento da aplicação da sanção. Já as garantias processuais seriam aquelas relacionadas aos primados da presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e demais cláusulas que emergem do devido processo legal (FERRAJOLI, 2002, p. 78).

O garantismo, para Luigi Ferrajoli, consiste em um modelo jurídico que se preocupa com os aspectos formais e substanciais necessários para a validação do direito positivado. Essa reunião de aspectos formais e substanciais teria a função de resguardar a possibilidade de se garantir, efetivamente, os direitos fundamentais conferidos pelo ordenamento jurídico aos indivíduos (FERRAJOLI, 2002, p. 287).

Nesse sentido, os diversos princípios garantistas compõem o esquema epistemológico de identificação do ilícito, orientado a assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo estatal e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

À vista disso, a identificação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador adquire especial importância, dada a funcionalidade peculiar dessa espécie de normas, que desempenham papéis de estabilização e concedem coerência e unidade a determinado sistema normativo. Assim, confere-se à sistemática de improbidade administrativa uma identidade própria e designa o estado ideal de coisas a ser atingido pela aplicação e interpretação da Lei 8.429/1992, a partir de um modelo mais garantista do que aquele que vigorava no regime pré-reforma, em que os acusados de improbidade permaneciam à míngua de importantes garantias processuais.

A esse respeito, é preciso considerar certas noções mais recentes sobre os princípios jurídicos, seu conceito, estatuto, e formas de interpretar e aplicar, que podem comprometer a consideração de determinados comandos normativos, a exemplo da legalidade e taxatividade, como garantias inarredáveis no direito sancionador de forma geral.

Isto porque, concepções como aquelas apresentadas por Robert Alexy, que se tornaram muito difundidas nos últimos anos, partem de uma ideia heterárquica e maleável de princípios, que não se coaduna com uma posição arraigada da extensão de garantias e princípios constitucionais às diversas formas de punição estatal. Em função disto, será efetuada uma

---

A1 a A7 referem-se às garantias processuais. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pps. 74-75.

análise resumida da posição de Alexy a respeito, para, ao fim, contrastá-la com uma visão de princípios hierarquicamente vinculantes a orientar todas as demais normas.

No conceito formulado por Robert Alexy (2015, p. 90), os princípios, de modo geral, constituem “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e operam com força deontológica.

Em síntese, os princípios orientam o intérprete da lei a buscar a sua melhor aplicação possível conforme o caso concreto – daí o termo “otimização” utilizado por Alexy – considerando, realisticamente, que toda e qualquer lei irá possuir lacunas normativas a serem sanadas caso a caso.

Em sentido semelhante, Ronald Dworkin (2002, p. 36) leciona que o princípio é nada mais nada menos que “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Entretanto, a despeito das teorias acima aludidas, é preferível uma visão clássica do papel dos princípios, tais como aqueles elencados no art. 37 da CF/88, que, em vez de serem concebidos como normas maleáveis e passíveis de ceder a outras, dependendo do contexto, passam a ser encarados como balizas estáveis ao propiciar sua observância em bloco.

Ou seja, os ditames da legalidade, moralidade e demais princípios constitucionais devem assegurar, de maneira rígida, o devido processo de observância de garantias, classicamente asseguradas no direito punitivo de base iluminista que inspira os atuais ordenamentos jurídicos ocidentais.

Bem dizer, os princípios tomados em seu sentido clássico contemplam da melhor maneira a segurança das relações jurídicas, na medida em que, sob um no modelo tradicional que os considere como diretrizes heurísticas, orientam todo o sistema normativo a eles vinculados. Isto significa que o princípio da taxatividade penal, por exemplo, não se relativiza, mas ao contrário, vincula de forma inequívoca todas as sanções punitivas, sejam elas penais ou não.

Sob esse prisma, os princípios diferenciam-se das regras, dentre outros motivos, em razão de critérios objetivos. Os princípios são normas finalísticas, que preveem um estado ideal a ser atingido, possuindo um caráter prospectivo, enquanto as regras são descritivas e retrospectivas (ontológicas), já que visam a correspondência entre a norma e seu suporte fático (OSÓRIO, 2022, p. 187).

Os princípios podem aparecer de maneira explícita ou implícita nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do direito administrativo sancionador, devendo haver um esforço interpretativo para identificá-los. A identificação dos princípios do direito administrativo sancionador não é tarefa fácil, mediante o apelo a uma genérica referência ao “unitário poder punitivo estatal” – polêmica já suscitada em tópico anterior.

Repisa-se que não é o objetivo do presente trabalho efetuar um aprofundamento em cada um dos princípios que regem o direito administrativo sancionador e, por consequência, a sistemática de repressão à improbidade administrativa. No entanto, é essencial esclarecer ao leitor, ao menos, quais são esses princípios e o que eles representam no rol de direitos e garantias dos acusados de improbidade, diante das modificações promovidas pela Lei 14.240/2021.

Em seu objetivo de descrever os princípios aplicáveis na seara do direito administrativo sancionador, Osório (2022, p. 177-257) relacionou os seguintes postulados, comuns ao “Direito Público Punitivo”: a) devido processo legal; b) proporcionalidade; c) legalidade e d) tipicidade.

Por seu turno, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (2021, p. 49) elenca os seguintes princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: a) devido processo legal; b) contraditório e ampla defesa; c) legalidade administrativa; d) segurança jurídica e retroatividade benéfica; e) individualização da sanção e f) razoabilidade e proporcionalidade.

Em suma, o sancionamento por improbidade pressupõe um provimento judicial, cuja imposição exige a observância do devido processo legal, norteado pela imparcialidade do julgador, ampla defesa e contraditório, bem como pelas demais garantias constitucionais pertinentes ao regime punitivo estatal, sendo indispensável, também, a observância aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica, da legalidade, e assim por diante (JUSTEN FILHO, 2022, p.30).

Além da cláusula do devido processo legal (da qual decorre o próprio contraditório e ampla defesa), também há de se destacar, em um primeiro momento, o princípio da legalidade, que ganhou uma nova roupagem dentro da Lei de Improbidade Administrativa após as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, conforme já apontado brevemente no tópico anterior.

Frisa-se que o novo regramento traz consigo uma análise mais garantista a ser efetuada pelo Poder Judiciário. Enquanto na antiga legislação se realizava uma análise com base em um rol exemplificativo de condutas que geravam restrições de direito, contrariando a lógica garantista da CF/88, atualmente, realiza-se a subsunção entre as condutas descritas previamente

na norma com conduta do agente, sem a possibilidade de interpretação extensiva que antes ocorria com a antiga lei (CRUZ, 2021, p. 49)

Agora se está diante do princípio da legalidade administrativa ou legalidade em sentido estrito, o qual representa a projeção, no ordenamento positivo, do princípio nuclear do Estado de Direito, e o fundamento de todas as condutas gerenciadoras do interesse público, tanto no plano do patrimônio público econômico quanto no da probidade na administração (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 84).

Isto é, enquanto os administrados se sujeitam à máxima de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, esse limite fixado pela ordem jurídica deve ser lido, sob a perspectiva dos agentes públicos, como o dever de sempre atuar em atenção ao que a lei manda. Desse princípio decorre a presunção, até prova em contrário, de que o agente público labora *secundum legem*, isto é, na forma dos ditames da lei (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 85).

Assim, ao aplicarmos a legalidade administrativa, surge o corolário princípio da tipicidade formal. Toda e qualquer conduta, mesmo que ilegal, deverá ser descrita no rol taxativo da Lei de Improbidade, de forma prévia ao manejo de uma ação de improbidade. Caso contrário, a conduta em questão configurará, para fins de (não) aplicação da LIA, como uma ilegalidade não revestida de improbidade administrativa, isto é, uma mera irregularidade ou desorganização administrativa inapta a ensejar uma repressão de carga tão forte como as sanções dispostas na Lei 8.429/1992 (CRUZ, 2021, p. 48-52).

Isso porque a ilegalidade é um gênero abrangente de diversas figuras, inclusive a improbidade, o que não significa dizer que a improbidade consista tão somente numa violação da lei. A improbidade é uma “ilegalidade qualificada por outros elementos, que lhe dão uma dimensão de gravidade diferenciada, implicam reprovabilidade muito intensa e exigem um sancionamento extremamente severo” (JUSTEN FILHO, 2022, p. 24).

À vista disso, com a aplicação expressa da legalidade administrativa constitucional, nenhuma conduta poderá ser punível como improbidade se não estiver descrita na Lei enquanto tal, sendo inadmissível a interpretação extensiva, violadora da presunção de legalidade da qual se beneficiam os agentes públicos.

Por derradeiro, a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa optou por um fechamento dos tipos sancionadores, aproximando-se da técnica do Direito Penal. Isso implicou, também, a vedação à tipificação alternativa de condutas, o que era permitido pela lei antiga (OSÓRIO, 2022, p. 366).

Destaca-se que o princípio da legalidade administrativa também garante que a conduta deverá estar previamente descrita na norma, denominando o princípio da anterioridade. Esse princípio garante a não imputação de condutas ímprobas pelo magistrado criadas após a ocorrência do fato, devendo estar previamente definidas na LIA (CRUZ, 2021, p. 50).

Significa dizer que, agora, fica garantido o respeito ao princípio da legalidade administrativa, ao princípio da tipicidade (formal) e ao princípio da anterioridade, enquanto princípios que regem o direito administrativo sancionador (CRUZ, 2021, p. 52).

Quanto ao princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, cabe rememorar que este não rege a aplicação de sanções administrativas *strictu sensu*, haja vista que o poder punitivo da Administração Pública, ao contrário do direito penal, não se fundamenta na proteção de bens jurídicos determinados, mas sim em critérios de afetação geral e estadística e/ou, ainda, em objetivos mais disciplinares que punitivos (CORIA, 2007 p. 5).

Contudo, vale mencionar a discussão acerca da aplicação desse princípio no âmbito da improbidade administrativa, notadamente a partir das disposições introduzidas pela Lei 14.230/2022 e, em específico, a inclusão do § 4º ao art. 11 na LIA, que preceitua que “os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos”. Não se adentrará nessa controvérsia no presente trabalho, mas denota-se, daí, a necessidade de uma revisão da esquematização dos princípios aplicáveis à sistemática de improbidade, à luz das alterações promovidas em 2021.

Importante tecer breves comentários, também, sobre o princípio da presunção da inocência, a impor que toda pessoa deve ser considerada inocente até definitivamente condenada, conforme expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF. Esse princípio, como visto, é elencado por Ferrajoli como sendo de especial relevância para o direito penal, e pode facilmente ser estendido ao âmbito da improbidade, desdobrando-se em dúplice proteção: como regra de tratamento do acusado ao longo do processo e como regra decisória quando caracterizada dúvida relevante acerca da (não) inocência do réu (*in dubio pro reo*). O acusado de improbidade, portanto, tem o direito de não ser condenado quando não existir prova clara e convincente dos fatos – prova essa que deve ser obtida com a observância das garantias constitucionais (GUARDIA, 2014, p. 787).

Com a incidência dos princípios do direito administrativo sancionador, tem-se as seguintes diretrizes interpretativas garantistas para a imposição de sanções previstas na Lei 8.429/1992: a) as normas mais benéficas aos réus são aplicadas de forma imediata (princípio

da retroatividade benéfica); b) ante o caráter sancionador da lei, interpretação dos dispositivos deve ser sempre favorável aos réus (princípio do *in dubio pro reo*); c) as normas benéficas incidem até mesmo nas decisões transitadas em julgado, mitigando a imutabilidade da coisa julgada, como, por exemplo, no caso de condenação por conduta culposa, não mais punível nos termos da nova lei – trata-se de situação semelhante ao que ocorre, no direito penal, quando há a incidência de *abolitio criminis* (GOMES JUNIOR e FAVRETO, 2021, p. 405).

Outrossim, com a nova lei, também se fortalecem os postulados da proporcionalidade e razoabilidade presentes no direito punitivo (e, advindas deles, a proibição do excesso e a adequação entre meios e fins), elementos indisponivelmente integrantes da aplicação das sanções por improbidade administrativa e, agora, presentes de forma implícita e explícita na Lei 8.429/1992 (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 105). Nesse sentido é a redação do art. 17-C, inciso IV, alínea ‘a’:

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

IV - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa:  
a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;

Os primados da proporcionalidade e razoabilidade estão também estritamente relacionados à garantia do *ne bis in idem*, razão pela qual junto a ela serão novamente abordados.

Diante do exposto, adverte-se que, ao adotar no âmbito da lei de improbidade os princípios do direito administrativo sancionador, o legislador pretendeu a limitação do poder persecutório do Estado, diante de um regime jurídico garantista, em que se consolidam as garantias constitucionais, retroagem as normas benéficas ao réu e são afastadas as discricionariedades para o manejo indevido e excessivo de ações punitivas.

Sendo esse o objetivo da nova lei ao adotar o direito administrativo sancionador como referência, acentua-se a relevância de examinar a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre os diversos poderes punitivos estatais a que se sujeitam os agentes públicos acusados de condutas ímprobas, em consonância com as novas diretrizes garantistas e limitadoras do poder punitivo estatal que regem o sistema de responsabilização por improbidade administrativa.

#### 4 A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* ENTRE DISTINTAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme visto anteriormente, o legislador brasileiro possui discricionariedade, legitimada pelo próprio viés democrático, para instituir distintos regimes sancionatórios a espécies de condutas semelhantes ou até mesmo idênticas, desde que respeite os limites das normas constitucionais.

Todavia, cresce a discussão sobre o impacto da soma das penas (e perseguições processuais) nos direitos fundamentais, à luz de valores ligados à racionalidade e proporcionalidade das sanções e, sobretudo, ao postulado do devido processo legal.

Assim, em que pese o Estado seja legitimado democraticamente para exercer o *ius puniendi*, não se deve ignorar que a democracia também é mensurada pela potência do Estado para reverenciar direitos e garantias fundamentais, bem como para conter impulsos autoritários. Isso se concretiza, dentre outras maneiras, por meio da imposição de limites ao poder punitivo estatal (MENDONÇA; LIMA, p. 101).

Trata-se de debate que perpassa a preocupação com a segurança jurídica, na medida em que punições múltiplas, para fatos unitários, costumam ensejar riscos de contradições e incoerências por parte do Estado punitivo. Com isso, a multiplicidade sancionatória acaba por alcançar “dimensões incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe compromissos com os direitos fundamentais e com a boa-fé objetiva dos acusadores e julgadores” (OSÓRIO, 2022, p 318).

A partir do estudo desenvolvido neste trabalho, evidenciou-se a excessiva manifestação do poder punitivo estatal quando se está diante de condutas de improbidade administrativa. Por meio de distintas órbitas jurídicas (especialmente penal, administrativa, cível e política), o Estado reprime aqueles acusados de atos considerados ímprobos – repressão essa entendida não apenas como a sanção aplicada, mas também a própria perseguição processual –, amparando sua atuação no princípio da autonomia entre instâncias.

Nessa perspectiva, infere-se que há grande risco de o Estado, ao processar e julgar agentes públicos acusados de condutas que atentem contra a probidade e moralidade administrativa, seja por vias judiciais ou administrativas, incorrer no que se denomina, na linguagem jurídica, de *bis in idem*.

#### 4.1A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* E SUAS ESPECIFICAÇÕES

O *bis in idem* pode ser conceituado como a multiplicação de persecução ou sancionamento a uma mesma pessoa, duas vezes, pelo mesmo fato – situação reprovada pelo direito sancionatório democrático. Essa circunstância é ocasionada pela subsunção de uma mesma conduta a diversos dispositivos capazes de conduzir a uma punição estatal (JUSTEN FILHO, 2022, p. 251). Quanto à terminologia, a expressão em latim significa, literalmente, “duas vezes no mesmo”.

A reprovação (e vedação) ao *bis in idem* se manifesta expressamente nos ordenamentos democráticos desde as origens anglo-saxônicas<sup>20</sup>, enquanto garantia fundamental de primeira dimensão – isto é, que exige uma abstenção do Estado e visa a efetivação e proteção de direitos e liberdades individuais frente às arbitrariedades do poder público, em consonância com o conceito de garantia formulado por Ferrajoli (2002).

No século XX, a vedação ao *bis in idem* foi consagrada em diversos pactos internacionais<sup>21</sup> e convenções. Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU dispôs, em seu art. 14, n. 7, que “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infração da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”, sendo uma das primeiras manifestações proibitivas do *bis in idem* no século XX.

No mesmo sentido, o *bis in idem* também foi manifestamente vedado pelo art. 4º do Protocolo adicional n. 7 à Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das

---

<sup>20</sup> Apesar do direito anglo-saxão ser comumente associado como a raiz histórica do *ne bis in idem*, Marion Bach aponta que o berço desse importante princípio pode ser encontrado no Direito Romano, de forma relacionada muito proximamente ao instituto da *res judicata* (coisa julgada). Em seguida, o brocardo do *ne bis in idem* foi incorporado, de maneira progressiva, ao Direito Canônico, em que pese não tenha apresentado força o suficiente para exercer qualquer efeito contraposto aos impulsos inquisitórios da época. Posteriormente, no século XVI, o *ne bis in idem* foi consagrado no sistema inglês em seu atual sentido amplo, como a proibição do *double jeopardy*, especialmente em trabalhos de Edward Coke e Sir William Standfort, que serviram de base para a posterior elaboração do texto da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1887. No que toca o *civil law*, o princípio do *ne bis in idem* é creditado ao contexto da Revolução Francesa e seus ideais iluministas e individualistas. Para maior aprofundamento sobre o histórico do desenvolvimento do princípio do *ne bis in idem*, cf. BACH, Marion. Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade. 2021. 344 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande do Sul, 2021, pps. 105-110).

<sup>21</sup> No entanto, é de se notar que os tratados internacionais que abordam o *ne bis in idem*, em que pese o Brasil seja signatário, não fornecem elementos claros a embasar a solidificação da proibição da aplicação de pena e sanção administrativa aos mesmos fatos, conforme aponta COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 187.

Liberdades Fundamentais (Protocolo n. 7 à CEDH<sup>22</sup>) e o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>23</sup>.

Uma das mais notórias previsões de proibição de múltiplo julgamento pelos mesmos fatos encontra-se na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. Na referida normativa internacional, prevê o seu artigo oitavo, o qual versa sobre diversas garantias judiciais enquanto direitos humanos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8.4).

O princípio de vedação ao *bis in idem* recebe a denominação de “*ne bis in idem*” ou “*non bis in idem*”. A diferença não é relevante o suficiente para gerar uma modificação no sentido, mas a partícula “*ne*” expressa mais corretamente a força imperativa desse preceito jurídico, segundo Marion Bach (2021, p. 104), razão pela qual será adotada no presente trabalho.

O *ne bis in idem* opera como uma garantia em matéria de direito punitivo – inclusive de direito administrativo sancionador – e, em que pese não esteja previsto de maneira categórica na Constituição Federal de 1988, deriva de outra(s) garantias(s) expressamente previsto(s), como é o caso do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), da legalidade e da proporcionalidade, estando implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88.

Frise-se que o *ne bis in idem* já foi referido pela própria legislação infraconstitucional como um princípio constitucional (vide art. 12, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa).

O *ne bis in idem* representa uma das mais básicas garantias dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado e, como visto, é comumente conceituado, simplesmente, como a proibição da possibilidade de uma pessoa ser processada ou punida mais de uma vez por um mesmo fato, operando tanto como garantia processual, quanto como garantia material, no conceito de Ferrajoli (2002).

---

<sup>22</sup> Artigo 4º. Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

<sup>23</sup> Artigo 50. O Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

O problema dessa formulação se encontra, no entanto, no aspecto de que ela não leva em conta a heterogeneidade de situações envolvendo a sobreposição de valoração negativa de condutas ilícitas no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a diversidade das dimensões de aplicabilidade do instituto do *ne bis in idem*, pelo menos a partir de dois pontos de vista: primeiro, quanto ao fundamento que pode ser invocado em favor de cada deles; e segundo em termos do que deve ser entendido "pelo mesmo fato" sob uma e outra esfera (MAÑALICH, 2014, p. 550).

Nessa senda, Mendonça Júnior e Lima (2021, p. 100) anotam que essa acepção simplificada do *ne bis in idem* é apenas a primícia de inúmeros efeitos que irradiam desse direito fundamental e atingem diversos ramos jurídicos. Nas palavras dos autores, o *ne bis in idem* "é um postulado de observância cogente em qualquer sociedade que se nomine civilizada, incondicionalmente ligado a uma diretriz de proporcionalidade, suficiência, necessidade e equilíbrio" tanto no que tange ao aparato estatal de persecução processual punitiva, como na aplicação sancionatória em si (2021, p. 113).

Com efeito, a previsão do *ne bis in idem* da Convenção Americana de Direitos Humanos representa norma internacional geral que, evidentemente, demanda maior aprofundamento e estudo acerca de seus desdobramentos e conseqüências na forma do ordenamento jurídico de cada país.

Percebe-se que o *ne bis in idem* é corolário do ideal de justiça, podendo ter sua natureza jurídica compreendida como direito e garantia fundamental, vocacionado à tutela das liberdades e da segurança jurídica. Trata-se de norma que aparece tanto em sistemas de *civil law* quanto de *common law*, assim como no ordenamento interno de cada país, no direito internacional público e no direito comunitário (COSTA, 2013, p. 181).

Segundo Osório (2022, p. 320), o *ne bis in idem* é mais frequente de forma inconsciente no imaginário social dos juristas do que de maneira nítida e concreta:

Sabe-se que se trata de um princípio ligado à justiça e outros valores não menos nobres, mas a construção de seus significados e significantes passa por uma compreensão acerca das estruturas de gestão das normas sancionadoras. A teoria não pode dissociar-se da realidade, e assim ocorre com a jurisprudência. Por isso, um novo patamar de compreensão para o *ne bis in idem* pressupõe, de um lado, a descrição e o diagnóstico do panorama vigente e, de outro, a proposição de novas alternativas hermenêuticas [...]

Nesse mesmo viés, Joaquín de Fuentes Bardají (2005 *apud* OSÓRIO, 2022, p. 327) explica que o *ne bis in idem* constitui uma garantia que, longe de ser uma abstrata construção dogmática, está radicalmente assentada no inconsciente jurídico coletivo enquanto princípio

ligado aos valores inerentes à justiça. Em alusão à esclarecedora analogia formulada pelo autor, da mesma forma que uma criança pensa não ser justo que o castiguem por uma conduta que não lhe foi ensinada como sendo errada (princípio da legalidade), ou por uma conduta que ocorreu por culpa de outro ou por um fenômeno maior (princípio da culpabilidade), também considerará injusto ser castigado duas vezes por essa mesma “travessura”, uma vez por seus pais, e outra por seus avós, por exemplo.

Segundo Juan Pablo Mañalich (2014, p. 547), o instituto do *ne bis in idem* deve ser construído como uma conjunção de dois regramentos suscetíveis de ser estritamente diferenciados em atenção a suas respectivas condições operativas. Por uma parte, se trata de uma proibição de punição múltipla por uma mesma conduta, que se faz imperiosa como um regramento substantivo de julgamento; por outra, de uma proibição de julgamento múltiplo por uma mesma conduta, que se faz imperiosa como um padrão de limitação processual e em prol do respeito à coisa julgada. Trata-se do que o autor denomina como *ne bis in idem* material e *ne bis in idem* processual, respectivamente<sup>24</sup>.

Em suma, o termo *idem* corresponde, substancialmente, aos mesmos fatos, e a expressão *bis* refere-se tanto a novas sanções, como a novos processos.

Susana Lorenzo (1996), ao perلustrar o *ne bis in idem* do ponto de vista das diferentes instâncias punitivas (sobretudo, administrativa e judicial), em que pese utilize nomenclatura diversa, também esclarece haver dois enfoques do instituto do *ne bis in idem*: 1) o substantivo, em que o *ne bis in idem* seria o princípio geral de Direito, aplicado no campo penal e administrativo, traduzindo-se na impossibilidade de se aplicar mais de uma sanção a um mesmo fato infracional; e 2) de procedimento, pelo qual um mesmo fato infracional não poderá sofrer persecução pela Administração em mais de uma oportunidade.

Nos termos de Osório (2022, p. 335),

A realidade subjacente ao princípio em exame é aparentemente singela, porém revela uma complexidade perturbadora, que perpassa a própria Teoria Geral do Direito, até alcançar o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Sancionador. Os efeitos das escolhas, as competências das Instituições, os processos autônomos, o impacto das sanções nos direitos fundamentais, os resultados planejados, tudo integra o espectro das preocupações e das tormentosas relações jurídicas onde o *non bis in idem* pode incidir.

Assim, são diversas as possibilidades e aberturas para explorar esse princípio constitucional, que emerge de diversas variáveis e do qual podem ser extraídas importantes

---

<sup>24</sup> Essa classificação vai ao encontro da divisão que Ferrajoli propõe entre as garantias penais (materiais) e processuais, conforme exposto no tópico 3.3.

diretrizes a serem respeitadas pelo julgador e aplicador da norma sancionatória, de forma constitucionalmente conectada aos valores de justiça, segurança, boa-fé dos julgadores, confiança, interdição à arbitrariedade, coerência do Estado e, notadamente, devido processo legal e seus princípios corolários (OSÓRIO, 2022, p. 348-350).

#### 4.1.1 *Ne bis in idem material*

O fundamento específico do *ne bis in idem material* (proibição de punição múltipla por um mesmo fato) se encontra na proibição do excesso como corolário do princípio da proporcionalidade. Vale enfatizar que essa proibição de excesso só se deixa derivar do princípio da proporcionalidade e não, por exemplo, do princípio da legalidade (MAÑALICH, 2014, p. 547).

O *ne bis in idem material* caracteriza-se como manifestação do princípio da legalidade material, o qual, embora previsto constitucionalmente<sup>25</sup> sob o viés do direito penal, também é aplicável ao regime jurídico do direito administrativo sancionador e, portanto, da improbidade administrativa, conforme visto no tópico anterior (PRADO, 2019, p. 165).

Cuida-se de “imperativo de justiça material decorrente da valoração jurídica integral do fato e da conseqüente proibição de se punir mais de uma vez o fato que corresponde, concomitante e igualmente, em todas as suas partes, a um mesmo tipo” (GOMES, 2012, p. 318).

Um dos âmbitos paradigmáticos da operatividade do *ne bis in idem material* é constituído por casos nos quais a conduta satisfaz duas ou mais descrições de um mesmo comportamento ilícito, em normas de natureza distinta ou não. Aqui se está diante do concurso aparente de normas.

São três os critérios que regulam a solução do conflito aparente de normas: o da especialidade, o da subsidiariedade e o da consunção.

Quanto ao critério da especialidade, diz-se que uma norma é especial em relação à outra quando, além dos requisitos que a norma mais geral prevê, contém outros elementos “especializantes”. Havendo tal relação de generalidade e especialidade, prevalece a norma especial (*lex specialis derogat legi generali*), na lição de Bach (2021, p. 117).

---

<sup>25</sup> O princípio da legalidade material, também denominado de princípio da tipicidade, é previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Embora seja previsto na CF/88 em termos de direito penal, é perfeitamente aplicável à sistemática da improbidade, não sendo possível o processamento e sancionamento em ação de improbidade por ato não previsto na Lei 8.429/1992.

No que tange ao critério da subsidiariedade, reconhece-se tal existência quando há diferentes tipos protegendo o mesmo bem jurídico em fases distintas de ataque. Nesse caso, a lei subsidiária apenas incidirá quando não for possível a aplicação da lei principal (BACH, 2021, p. 117)

Já o terceiro critério opera quando uma das condutas ilícitas, embora possa estar descrita de forma autônoma em uma norma, também pode funcionar como meio para o cometimento de uma outra conduta ilícita mais grave. Aqui utiliza-se o critério da consunção para evitar o *bis in idem* material (BACH, 2021, p. 117). É o que ocorre, por exemplo, entre um crime de lesão corporal e um crime de roubo mediante violência física (o crime de roubo, por ser mais grave, abrange a lesão corporal, não podendo o acusado ser sancionado de forma múltipla pelos dois tipos penais diversos nesse caso).

Considerável parcela da doutrina compreende que o princípio do *ne bis in idem* material encontra-se também incorporado no art. 8º do Código Penal, que se refere à impossibilidade de duplicidade de apenamento pelo mesmo fato, em caso de pena já cumprida parcialmente ou totalmente em país estrangeiro. Dispõe o art. 8º que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Outrossim, cumpre ressaltar a relevância do *ne bis in idem* material no âmbito da dosimetria da pena na esfera criminal, sendo vedada a consideração, em duas ou mais fases distintas da dosimetria trifásica, de um mesmo elemento a ensejar aumento de pena (BACH, 2021, p. 121). Caso contrário, haveria um duplo ou triplo aumento de pena por um mesmo fato (*bis in idem*).

Nesse sentido, o *ne bis in idem* material deve ser visto não só como vedação ao duplo apenamento, mas também “como bloqueio à dupla valoração legislativa ou jurisdicional negativa, pelo mesmo fato, contra o mesmo agente, ainda que em fases distintas da complexa operação de concretização sancionatória” (MENDONÇA JÚNIOR ; LIMA, 2021, p. 111).

Percebe-se que o *ne bis in idem* material mostra-se consideravelmente presente na legislação penal, tanto em um plano de aplicação da lei penal (na hipótese de concurso aparente de normas e de extraterritorialidade), quanto no plano da dosimetria da pena (BACH, 2021, p. 123).

Todavia, no que tange às demais áreas punitivas do direito, o legislador não deu a mesma atenção ao referido princípio. Nesse sentido, Mendonça Júnior e Lima (2021, p. 103) apontam que o legislador infraconstitucional perdeu diversas oportunidades para tratar do *ne*

*bis in idem* material. Cita-se, como exemplo, a Lei nº 12.846/2012 (Lei Anticorrupção) e a Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança e Eficiência na Administração Pública), as quais, apesar da proximidade temática, não foram objeto de qualquer preocupação legislativa em disciplinar a matéria de forma harmônica e coerente, com vistas à proibição de duplo sancionamento pelo mesmo fato.

Por outro lado, o *ne bis in idem* material está implícito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a novel redação do art. 22, § 3º, acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que, ao tratar da interpretação das normas a respeito da gestão pública, dispõe que as sanções aplicadas ao agente público porventura responsabilizado “deverão ser levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”<sup>26</sup>.

Em que pese essa disposição, Mendonça Júnior e Lima (2021, p. 101-102) apontam que, nessa proposição, “o perigo reside nos detalhes”, pois o legislador brasileiro nada mais fez que legitimar o *bis in idem* na aplicação de sanções entre distintas esferas punitivas aos agentes públicos, ainda que com restrições. Nesse sentido, há que se consignar que o legislador brasileiro, por muitas vezes, anda para trás no trato da matéria.

#### **4.1.2 *Ne bis in idem* processual e a mitigação da independência entre as instâncias**

A dimensão processual do *ne bis in idem* corresponde à proibição de dupla persecução em razão do mesmo fato, derivando-se dos brocardos romanos *bis de eadem re ne sit actio* (não há ação repetida sobre a mesma coisa) e *bis de eadem re agere non licet* (não há como acionar duas vezes pelo mesmo), ambos traduzidos livremente por Marion Bach (2021, p. 111).

A dimensão processual do *ne bis in idem* guarda importante relação com a dimensão material do *ne bis in idem*, considerando que, na proibição de duplo julgamento, já se encontra contemplada a impossibilidade de duplo sancionamento pelo mesmo fato. Mas a vertente processual do *ne bis in idem* vai além.

Traz-se à baila a reflexão de que, em que pese a importância da vedação de sanções múltiplas pelo mesmo fato, de nada adiantaria essa limitação ao poder punitivo se, ainda assim,

---

<sup>26</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 3.º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html). Acesso em: 10 maio 2022.

fosse possível o Estado molestar o *status dignitatis* do cidadão com a promoção de nova atividade processual sancionatória (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 106).

Basta imaginar a hipótese em que um indivíduo tenha sido sujeito a julgamento por determinados fatos, sendo absolvido. O *ne bis in idem* processual impedirá novo julgamento pelos mesmos fatos, mas o *ne bis in idem* material não seria apto a obstar essa repetição. Assim, em que pese o *ne bis in idem* material não opere nessa situação, o *ne bis in idem* processual entra em cena e exerce sua importante funcionalidade, de natureza diversa daquela exercida pelo material e relacionada ao exercício persecutório do Estado e ao resguardo da coerência de suas decisões (BACH, 2021, p. 111).

O fundamento do *ne bis in idem* processual encontra-se em condições imanentes à legitimação do exercício de poderes de persecução e jurisdição penal. Nesse sentido, em termos gerais, pode-se dizer que existem três funções elementares do processo judicial: uma função de verdade, uma função de justiça procedimental e uma função de segurança jurídica (MAÑALICH, 2014, p. 552).

As duas últimas possuem imediata relevância para a fundamentação do *ne bis in idem processual*, visto que a interdição de dupla persecução atende a um objetivo de paz social e jurídica, derivada da estabilidade, mediante a eliminação da incerteza e a garantia da tranquilização do acusado após a decisão final acerca de sua situação jurídica (GOLDSCHMIDT, 2014, p. 07-09).

Isso porque a mera existência de uma ação penal é motivo de constrangimentos, com repressões sociais que podem comprometer o *status quo* da vida social, profissional e pessoal de um cidadão. Sobre os efeitos do processo penal, Francesco Carnelutti anota, em sua obra “As Misérias do Processo Penal” (2001, p. 65):

Fato é que esse terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública [...] não deveríamos pelo menos reconhecer a miséria do mecanismo, que é capaz de produzir estes desastres, e também é incapaz de não produzi-los?

O *ne bis in idem* processual, portanto, leva em conta a própria persecução (não necessariamente penal) como uma sanção, conforme explica Marion Bach (2021, p. 111) e, para além disso, atua como um efeito preclusivo do direito de punir do Estado, que decorre da lógica de justiça e coerência de que, exercido um direito, não é possível fazê-lo novamente.

Com relação à esfera de improbidade administrativa, por óbvio que a ação que visa apurar os fatos tipificados na Lei 8.429/1992, ainda que posteriormente venha a ser julgada

improcedente, também exerce efeitos negativos no ânimo, na imagem e na honra do agente público, porquanto fica questionada publicamente sua moralidade, comprometendo a opinião social de forma permanente. Assim, para os fins da presente pesquisa, defende-se que a mesma lógica apontada por Francesco Carnelutti no tocante ao processo penal se estende, guardadas as devidas proporções, ao processo de responsabilização por ato de improbidade administrativa (ainda que mais leves suas sanções do que a privação de liberdade).

Cumprido elucidar que o *bis in idem* processual pode se efetivar por dois caminhos: ou pela via de dois ou mais julgamentos sucessivos por um mesmo fato, ou pela via de dois ou mais julgamentos simultâneos pelo mesmo fato. Assim, a proibição do *bis in idem* processual se mostra duplamente operativa, a saber: na forma de reconhecimento da existência da coisa julgada para casos de julgamentos sucessivos, assim como do fenômeno de litispendência para casos de julgamentos simultâneos (MAÑALICH, 2014, p. 549-550).

O instituto da litispendência trata da duplicidade de acusações em curso relativas ao mesmo réu pelo mesmo fato. A fim de impedir a duplicidade de processamento em uma mesma instância e pelo mesmo fato, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de apresentação exceção de litispendência no processo penal, por exemplo. Para a identificação da litispendência deve-se atentar para o fato em discussão no caso, bem como para o imputado. Necessariamente, portanto, deve haver pendência de duas persecuções em relação ao mesmo fato (ainda que recebam diferentes nomes jurídicos, ou seja, ainda que a tipificação dada seja diversa em cada processo), conforme aponta Marion Bach (2021, p. 113).

Função não menos importante é a operatividade do *ne bis in idem* processual como reforço à coisa julgada, cuja proteção é garantia fundamental e instrumento essencial para consolidação da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais. Trata-se de medida de segurança jurídica para a tutela de direitos fundamentais, estabelecendo-se um limite claro ao poder persecutório e punitivo do Estado. Nesse deslinde, não há que se falar em efetiva tutela das liberdades e respeito à dignidade da pessoa humana se o Estado possuir a prerrogativa de rever decisões a seu bel-prazer.

A coisa julgada opera, portanto, em duas dimensões: constitucional (como garantia individual fundamental) e processual (efeito preclusivo e imutabilidade da decisão). Trata-se de uma construção artificial do direito que, por exigência política de pacificação social e

jurídica, funciona como um instrumento a serviço do cidadão<sup>27</sup>, com natureza jurídica de garantia individual processual (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 121-123).

Deve-se ressaltar a assimetria radical das posições correspondentes ao órgão de perseguição e à pessoa do acusado/investigado em um processo sancionatório, seja ele criminal ou de improbidade administrativa, em que se tem, de um lado, a figura do Ministério Público e, de outro, na maioria das vezes, uma pessoa física. Esse desequilíbrio é compensado diante do reconhecimento, por meio do princípio *ne bis in idem*, de uma oportunidade única para o Estado efetivar a sua eventual pretensão punitiva.

Caso contrário, o Ministério Público poderia sujeitar repetidamente a mesma pessoa ao aguardar de uma sentença para provar sua inocência, sem observância do dever de prudência. Nestes termos, a proibição de julgamento múltiplo se deixa redefinir como uma verdadeira proibição de “assédio processual” – *hostigamento procesal*, nos termos utilizados por Mañalich (2014, p. 552).

Nesse sentido, há decisão relevante do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em que se considera que a nova persecução penal, pelo mesmo fato, fundamento e objeto já julgado, em face do mesmo cidadão, constitui constrangimento ilegal (isto é, o assédio processual descrito por Mañalich):

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO (STF, Primeira Turma. Habeas Corpus 86606/MS. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgado: 22 de maio de 2007. Publicado em: 03 de agosto de 2007.)

A coisa julgada, portanto, possui efeito positivo e negativo: positivo porquanto constitui verdade jurídica/processual, e negativo porque determina a impossibilidade de que se produza um novo pronunciamento sobre o tema.

Desta feita, a coisa julgada enquanto garantia direcionada ao réu se trata de uma opção democrática de cunho político-processual para o fortalecimento do indivíduo e de seus direitos processuais (BACH, 2021, p. 114).

---

<sup>27</sup> No âmbito penal isso fica mais evidente, por exemplo, com a impossibilidade de revisão criminal (medida que visa a revisão de decisão transitada em julgado em processo criminal) *pro societate*, isso é, para prejudicar o réu (condenando-o ou aumentando a pena, por exemplo). A desconstituição de coisa julgada por meio da revisão criminal só é possível *pro reo*, isto é, para absolvê-lo supervenientemente ao trânsito em julgado ou reduzir sua pena – o que evidencia o caráter garantista da coisa julgada, que só pode ser revista em prol desse mesmo garantismo.

Assim, nas palavras de Marion Bach (2021, p. 113), “ainda que com possível sacrifício à justiça (material), quer-se assegurar aos cidadãos, através da coisa julgada, a sua paz jurídica: eis uma adesão à segurança em (eventual) detrimento da verdade”.

Para além da coisa julgada em uma mesma esfera de responsabilidade, a qual se mostra como garantia já bem consolidada na prática jurídica, a mitigação da autonomia entre instâncias e a operatividade do *ne bis in idem* processual se manifesta, mais comumente — a partir da possibilidade de a circunstância penal ser prevalecente perante as demais esferas de responsabilidade em casos de absolvição (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 117)

Nesse sentido, o *ne bis in idem* processual enquanto instrumento de proteção à coisa julgada se relaciona sensivelmente com a discussão acerca da relatividade da independência entre as instâncias.

É inegável que a autonomia entre instâncias “constitui um avanço nas possibilidades de limitar as condutas individuais, impedir desvios e, principalmente, impor sanções às ilicitudes cometidas” (SOUSA, 2020, p. 33). No entanto, o problema ocorre quando as instâncias passam a atuar contraditoriamente, sem coerência, o que gera desconfiança, insegurança e falta de proporção nas respostas punitivas do Estado.

Nessa senda, a constante incoerência entre decisões de instâncias punitivas diversas e as distintas interpretações acerca da tradicional teoria da autonomia e independências das instâncias exprimem a necessidade de questionar o caráter absoluto dessa teoria. Desta feita, parte da doutrina passou a defender a relativização da autonomia entre as esferas punitivas, admitindo a possibilidade de que, em determinadas hipóteses, o resulta da persecução em determinada instância pode repercutir direta ou indiretamente nas demais órbitas (SOUSA, 2020, p. 33).

Isso porque a radicalização da independência ente esferas estava conduzindo “ao isolacionismo das instâncias, à falta de harmonia entre os Poderes e à insegurança jurídica, em muitos níveis relevantes” (OSÓRIO, 2022, p. 328).

Com efeito, a independência entre instâncias tem sido mitigada pela própria legislação. Um exemplo disso, é o regramento acerca dos efeitos extrapenais da condenação criminal transitada em julgado, que prevalece sobre outras instâncias para a) tornar certa a obrigação de o condenado indenizar o dano causado pelo crime, constituindo a sentença título executivo judicial (art. 91, I, do CP e 515, VI do CPC) ; b) causar, conforme o crime, a perda do cargo ou da função pública (art. 92, I, do CP); e c) suspender os direitos políticos do condenado (art. 15 da CF). Nessas situações, não há necessidade de continuar discutindo, na órbita civil, questões

concernentes à responsabilidade civil do autor do delito – passa-se diretamente para a apuração do dano a reparar e a efetiva aplicação das sanções cabíveis.

Outro exemplo repousa na impossibilidade de a Administração Pública ignorar decisão judicial que, em processo penal, absolva o réu pelo reconhecimento (i) da inexistência do fato ou (ii) da negativa da autoria, conforme art. 126 da Lei 8.112/1990. Significa dizer que se o Estado, por meio Poder Judiciário, declara que a conduta típica imputada ao particular não existiu ou não foi por este praticada, não é admissível que tal declaração seja ignorada em outras esferas estatais sujeitas ao controle jurisdicional. Por consequência, se restou provado no processo judicial a inexistência do ato ou a negativa de autoria, a sentença absolutória deve ser levada em consideração pela Administração Pública, o que demonstra o caráter não absoluto da autonomia ente as instâncias (MELLO, 2007, p. 216-217).

A autonomia entre as instâncias é mitigada, também, pelo artigo 935 do Código Civil, que estatui a impossibilidade de se discutir na seara civil a existência do fato ou de quem seja seu autor, quando houver sido o acusado absolvido, no âmbito criminal, por inexistência do fato ou negativa de autoria (respectivos fundamentos previstos nos incisos I e IV, do art. 386 do Código de Processo Penal).

Adverte Sérgio Cavalieri Filho (2018, p. 663-664) que o art. 935 do CC tem por substrato nuclear a concepção unitária de jurisdição, deixando clara a inexistência de independência absoluta entre as jurisdições no direito brasileiro:

[...] nos casos em que o fato gerador da responsabilidade criminal e civil é um só, materialmente idêntico, a boa realização da justiça impõe que a verdade sobre ele seja também uma. A ação penal e a indenizatória constituem, em última instância, um duplo processo de responsabilização pelo mesmo fato danoso, não sendo justificáveis decisões conflitantes. (...) (FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 663-664.)

De forma semelhante, prevê implicitamente o art. 66 do Código de Processo Penal que a ação civil não poderá ser proposta se tiver sido reconhecida, pelo juízo criminal, a inexistência material do fato.

A Lei nº 13.869/2019, que dispõe sobre o crime de abuso de autoridade, contém normas semelhantes. No art. 6º, parágrafo único, estabelece que “as notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração”.

Por sua vez, o art. 7º da Lei de Abuso de Autoridade prevê que: “As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal”.

Em seguida, o art. 8º estabelece que: “Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito”.

Di Pietro (2020, p. 1409) observa que os dois dispositivos da Lei nº 13.869/19 acima citados repetem, em termos muito semelhantes, as normas do artigo 935 do Código Civil. Percebe-se, portanto, a relativização da independência entre as instâncias em diversos diplomas legais. Contudo, se limita, em geral, às hipóteses de coisa julgada formal, possuindo um restrito alcance.

Outrossim, a jurisprudência também vem, pontualmente, aplicando o entendimento da mitigação da independência entre as instâncias administrativa e penal, ao reforçar a necessidade de comunicação entre elas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 24, que preceitua que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Com isso, a Suprema Corte vinculou a responsabilização na esfera criminal ao processo de formação administrativa do tributo. Aqui, embora se esteja diante do caminho reverso (instância administrativa vinculando a instância penal) daquele exemplificado por Gajardoni (instância penal vinculando instância administrativa), está-se diante do mesmo ideário de segurança e coerência que justifica a relativização da autonomia das esferas de controle (OSÓRIO, 2022, p. 323)

Apesar de alguns temperamentos pontuais da autonomia das esferas permearem a legislação brasileira, em nossa doutrina e em nossa jurisprudência ainda prevalece o paradigma de independência entre as instâncias, conforme asseverado por Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 119).

Sob esse prisma, conclui-se que o princípio do *ne bis in idem* manifesta-se como uma força que se contrapõe ao princípio da independência entre as instâncias e constitui uma importante diretriz para evitar que as distintas previsões sancionatórias para um mesmo fato acabem, na prática, tomando proporções exacerbadas e ofensivas aos direitos e garantias fundamentais conectadas ao devido processo legal, especialmente ao postulado da proporcionalidade.

No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa entende ser absolutamente clara a importância da vertente processual do *ne bis in idem* para a concretização de seu aspecto material e, ademais disso, para impedir a submissão do réu a dois processos, ainda que um deles seja administrativo (2013, p. 213)

Em arremate, verifica-se enorme relevância da dimensão processual do *ne bis in idem* como instrumento de tutela para direitos e garantias fundamentais. É na dimensão processual que são operacionalizadas todas as funcionalidades desse princípio – tanto em uma mesma esfera de responsabilidade, quanto em distintas esferas sancionatórias estatais –, e onde essa garantia demonstra aptidão para bloquear as possibilidades de excesso sancionatório, já no início de uma relação processual (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 126).

Nesse aspecto, conforme tratado anteriormente, o princípio do *ne bis in idem* reforça a necessidade de um mínimo de coerência no interior do sistema jurídico, e auxilia na busca por uma unidade racional do ordenamento jurídico e coerência do Estado. Trata-se de um instrumento (garantia) para assegurar o cumprimento do compromisso político do sistema punitivo com valores de coerência e da unidade do ordenamento jurídico, resguardando vetores funcionais suficientes para estancar atos ilícitos dentro destes esquemas normativos, a luz dos postulados da segurança jurídica e da proporcionalidade estatal (OSÓRIO, 2022, p. 322).

Ocorre que os estudos e desenvolvimentos dogmáticos sobre o *ne bis in idem* são bastante tímidos na jurisprudência e na doutrina pátrias, restando consideráveis lacunas a serem preenchidas pelos juristas e operadores do direito.

Desta feita, a falta de interesse do legislador brasileiro em sistematizar o *ne bis in idem* em consonância com as características e elementos estruturantes do ordenamento jurídico pátrio caminha na contramão da tendência internacional que busca uma unificação do poder punitivo, por meio da instituição de um regime unificado de aplicação de sanções (MENDONÇA; LIMA, 2021, p. 101).

#### **4.1.3 *Ne bis in idem* no cenário internacional: precedentes europeus destacados**

Um regramento internacional mínimo para aplicação da garantia-princípio do *ne bis in idem* entre distintas instâncias vem se solidificando no direito estrangeiro, fenômeno que se verifica, notadamente, na jurisprudência do sistema comunitário europeu de proteção aos direitos humanos, e que Mendonça Júnior e Lima comparam a uma “virada de Copérnico”, isto é, uma mudança de paradigma científico (2021, p. 101).

Adverte-se que não é o objetivo do presente trabalho realizar análises de direito comparado, tampouco se aprofundar na jurisprudência internacional sobre o tema do *ne bis in idem*. Contudo, traz-se à baila alguns importantes precedentes internacionais que reforçam a aplicabilidade do *ne bis in idem* entre sanções e perseguições provenientes de distintas searas jurídicas, e que, indubitavelmente, representam avanços temáticos a serem observados para o desenvolvimento da discussão no cenário brasileiro.

Inicialmente, cita-se o longínquo caso Franz Fischer x Áustria, julgado em 29 de maio de 2001, dotado de certa ousadia para sua época. O precedente originou-se do pedido (*Application* n. 37.950/97) de Fischer, cidadão austríaco, para não ser julgado e punido duas vezes pelo mesmo fato – o réu, em 1996, ao dirigir embriagado, causou a morte de um ciclista por atropelamento, e se ausentou do local sem prestar assistência.

No mesmo ano do ocorrido, o réu foi condenado por ilícito administrativo à pena de multa e, no ano seguinte (em 18 de março de 1997), foi novamente condenado pelos mesmos fatos, desta vez na seara criminal, por crime de homicídio culposo, apenado com seis meses de prisão.

Interposto recurso ao Tribunal Constitucional austríaco, este reconheceu que a dupla condenação constituiu ofensa o art. 4º do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, haja vista inexistir disposição no ordenamento jurídico austríaco acerca de eventual subsidiariedade entre a instância administrativa e penal. Diante da omissão, o tribunal entendeu por interpretar o regramento nacional de forma *pro reo*, no sentido de que as instâncias seriam alternativas, não podendo ser cumuladas.

Após novo recurso, desta vez ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a referida corte confirmou a decisão do tribunal austríaco e reiterou a impossibilidade de se cumular as sanções administrativa e penal aplicadas. Todavia, negou o pedido formulado pelo réu para a condenação da Áustria ao pagamento de danos morais no valor de \$ 100.000 Xelins austríacos, então moeda corrente, sob o fundamento de que não haveria nexo causal que justificasse a indenização.

Por sua particular relevância, destaca-se o julgamento do Processo C-537/2016, analisado pela Suprema Corte Italiana (“Caso Grande Stevens”<sup>28</sup>) e, posteriormente, pelo

---

<sup>28</sup> Paulo Burnier da Silveira realiza importante estudo sobre o caso Grande Stevens sob a perspectiva brasileira. Nesse sentido, para maior aprofundamento, cf. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Recurso n.º 18640/2010 do TEDH). Trata-se de importante precedente internacional que, ao se debruçar sobre a questão atinente aos riscos trazidos pela dupla punição e persecução pelo mesmo substrato fático, consagrou internacionalmente a necessidade de observância do *ne bis in idem* entre distintas esferas punitivas

O caso trata da responsabilização de três empresários italianos por infrações contra o mercado de capitais da Itália, sendo que as condenações se deram tanto na órbita criminal quanto na esfera administrativa.

Em razão da multiplicidade sancionatória e persecutória ao mesmo fato, os acusados Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens interpuseram recurso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em face da decisão da Suprema Corte Italiana.

Os réus alegaram violações, por parte da Corte Italiana (que aplicou sanções penais mesmo após a penalização administrativa), das seguintes garantias processuais amparadas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos : (i) direito a um processo justo em prazo razoável, previsto no art. 6, §1º; (ii) direito de ser informado com a maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado, previsto no art. 6, §3º, alíneas ‘a’ e ‘c’); (iii) direito de proteção à propriedade, previsto no art. 1, Protocolo nº 1; e (iv) direito de não ser julgado ou punido duas vezes, previsto no art. 4, Protocolo nº 7 (SILVEIRA, 2014, p. 9).

Em observância ao princípio do *ne bis in idem*, o tribunal internacional, em julgamento unânime finalizado em 4 de março de 2014, decidiu por bem anular as sanções penais determinadas pela justiça italiana (eis que posteriores à punição administrativa aplicada, *in casu*, pelo órgão regulatório denominado de *Comissione Nazionale per le Società e Borsa* (CONSOB)).

Nesse sentido, o TEDH reconheceu que a norma invocada na controvérsia, apesar de possuir qualificação formal de sanção administrativa, apresentava conteúdo materialmente penal, em razão da natureza das infrações a serem punidas e da severidade das sanções aplicadas pela CONSOB.

Desta feita, o tribunal internacional fixou importante e inovador entendimento de que a severidade das sanções aplicadas, tomadas em seu conjunto, considerando todas as instâncias punitivas a incidirem no caso concreto, não pode exceder a gravidade do ilícito cometido pelo agente, sob pena de ofensa a garantias individuais consagradas em convenções internacionais,

---

na defesa da concorrência. Revista da Defesa da Concorrência (RDC/CADE), vol. 2, nº 2, novembro de 2014, pp. 5-22.

tais como o já referenciado art. 4.1. do Protocolo 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais.

Assim, na situação julgado pela corte italiana, o TEDH entendeu que apenas uma dentre as condenações aplicadas pelo país europeu seria suficiente para exercer cumprir a função repressiva e punitiva da sanção em face do acusado, prezando pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Com isso, o tribunal anulou o processo penal italiano e determinou que novas investigações penais não fossem abertas em face dos demandantes. Ainda, diferentemente da decisão proferida no já mencionado Caso Fischer x Áustria, o TEDH impôs ao governo italiano o pagamento, para cada um dos acusados, do montante de 40 mil euros a título de sucumbência e 10 mil euros a título de indenização por danos morais (TEDH, 2014).

Em conformidade com a constatação de Paulo Burnier da Silveira (2014, p. 18), salienta-se que a decisão do TEDH no Caso Grande Stevens representa um divisor de águas no sistema de cumulação de sanções administrativas e penais, ao menos na União Europeia – posicionamento que pode vir a se estender ao Brasil futuramente, que muito se ampara no direito comparado em termos de política legislativa e, por esse motivo, “não tardará a chegar a outros sistemas regionais de proteção” (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 101).

Nesse sentido, para Silveira (2014, p. 19), “de acordo com a atual linha de entendimento do TEDH, bastará a caracterização das sanções administrativas como sendo de natureza penal para que o todo sistema secular da cumulação de sanções administrativas e criminais seja posto em xeque”. Percebe-se que, aqui, retoma-se o debate já reportado acerca da unidade do *ius puniendi* estatal e da identidade de natureza entre sanções penais e de direito administrativo sancionador, polêmica que, indubitavelmente, permeia a controvérsia do *ne bis in idem* entre distintas esferas. A esse respeito, o autor explica que “a análise do caso ‘Grande Stevens’ e de outros precedentes europeus confirma que o direito administrativo sancionador pode ter sim um caráter penal, a depender da severidade das sanções impostas pela Administração Pública” (2014, p. 13).

Outro precedente de especial relevância repousa no Caso Garlsson Real State x CONSOB, julgado em 20 de março de 2018 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE, Processo C-537/16).

A celeuma, também ocorrida na Itália, envolveu a dupla persecução processual aos réus, em distintas esferas punitivas. Os réus haviam, inicialmente, respondido processo penal para apuração de fraude cometida em manipulação de mercado financeiro. Na justiça penal,

houve a condenação transitada em julgado, mas a punibilidade restou extinta ante a concessão de indulto. No entanto, de forma posterior ao processo penal, deflagrou-se processo administrativo sancionador pelos mesmos fatos, ocasião em que os réus foram condenados por autoridade regulatória italiana (CONSOB), que impôs sanção de natureza administrativa.

Irresignados, os réus recorreram alegando ofensa ao *ne bis in idem* – em atenção ao entendimento consignado no julgamento do Caso Grande Stevens. Percebe-se a semelhança entre ambos os casos, com a diferença de que, no caso em comento, o processo penal se deu anteriormente ao processo administrativo, enquanto, no Caso Grande Stevens, a ordem temporal foi inversa.

O recurso interposto perante a Corte de Cassação Italiana foi objeto de análise e consulta pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por opção da corte italiana, ciente do contexto de mudança paradigmática quanto ao tema em discussão e atenta à relevância do caso em termos de proteção aos direitos humanos.

Em resposta à consulta solicitada pelo tribunal italiano, o TJUE alertou a necessidade de revisão do regramento italiano que rege as punições aos atos de manipulação de mercado, regramento este que, segundo a Corte Europeia, aparenta não respeitar o princípio da proporcionalidade, haja vista é autorizada a deflagração de um procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos fatos que já foram objeto de condenação anteriormente. Assim, tal qual o julgamento do TEDH no paradigmático caso Grande Stevens, o TJUE compreendeu que a sanção penal seria suficiente para reprimir o ilícito e, para além disso, atender à função dissuasiva da pena, não havendo necessidade de intervenção punitiva de tamanha severidade em mais de uma esfera sancionatória.

O dispositivo do acórdão de julgamento do caso assim fez constar (2018):

1) O artigo 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que permite dar seguimento a um procedimento de sanção administrativa pecuniária de natureza penal contra uma pessoa em razão de comportamentos ilícitos que constituem manipulação de mercado pelos quais já foi proferida uma condenação penal transitada em julgado contra a mesma, na medida em que esta condenação, tendo em conta o prejuízo causado à sociedade pela infração cometida, seja suscetível de punir esta infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva. 2) O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confere aos particulares um direito diretamente aplicável no âmbito de um litígio como o do processo principal.

Infere-se, a partir de breve análise dos casos acima expostos, que o sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais e humanos tem entendido que a classificação formal da sanção dentro de um determinado ordenamento jurídico não deve constituir o fator principal

para a aferição de sua natureza jurídica e, conseqüentemente, das garantias às quais sua aplicação se submete. Mendonça Lima e Júnior (2021, p. 136) igualmente chegam a essa conclusão.

Com efeito, deve-se levar em conta o conteúdo da sanção, isto é, de seu potencial repressivo. Bem dizer, a efetiva severidade da sanção e sua aptidão para restringir direitos fundamentais é que devem ser levados em consideração no momento de eventual condenação ou absolvição, bem como de compensação entre uma ou mais sanções sobre os mesmos fatos, mas oriundas de processos sancionatórios distintos. Assim, às sanções de caráter penal, ainda que atribuídas na órbita administrativa, se estendem as garantias tradicionalmente atribuídas ao acusado em processo criminal – em consonância com o entendimento já assentado pelo TEDH em 1984, no Caso Oztürk, citado no tópico 3.2.).

Nesse sentido, o caráter penal da sanção será passível de identificação a partir da análise da finalidade da punição. Se esta extrapolar a pretensão meramente ressarcitória e demonstrar, para além disso, um viés repressivo, de natureza retributiva e/ou dissuasiva, resta imperioso o reconhecimento do caráter penal da sanção – ainda que não aplicada em sede de procedimento judicial criminal. Neste aspecto, ficaria caracterizado o *bis in idem* no caso de acúmulo de sanções de caráter igualmente repressivo, ainda que oriundas de instâncias punitivas distintas.

De outro lado, entende-se por viável o acúmulo de sanções, sem violação ao *ne bis in idem*, quando as sanções cumuladas objetivarem finalidades distintas – como, por exemplo, uma sanção de caráter ressarcitório e outra de caráter repressivo (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2022, p. 136).

#### *4.1.3.1 Algumas considerações sobre o panorama espanhol*

Não à toa, a Espanha pode ser considerada, hoje, como um dos países com maiores desenvolvimentos dogmáticos e político-legislativos sobre o tema: de forma diversa aos demais países europeus, sua passagem para o Estado social implicou o reforço das sanções administrativas conjuntamente à ampliação das normais penais (OLIVEIRA, 2012, p. 91). Por esses motivos é que se faz necessário analisar, ainda que brevemente, a trajetória espanhola no que tange à evolução do direito administrativo sancionador e à consolidação do princípio do *ne bis in idem* entre distintas esferas punitivas.

Lucía Alarcón Sotomayor, jurista que já em 2008 escrevia sobre a garantia do *ne bis in idem* entre procedimento penal e administrativo sancionador, elucida que, embora, tradicionalmente, o direito penal e o direito administrativo sejam considerados como dois setores do ordenamento jurídico separados e autônomos, ainda assim, é evidente que ambos possuem conexões relevantes. Uma das mais estreitas relações entre as duas esferas é, sem dúvida, o fato de que a Administração Pública tem o poder para impor castigos aos cidadãos. Na Espanha, diferentemente de outros países, tal conexão é discutida desde sempre com total normalidade, nos âmbitos mais variados, convivendo no direito espanhol dois sistemas punitivos: o direito penal, aplicado por juízes, e o direito administrativo sancionador, utilizado pela Administração (SOTOMAYOR, 2014, p. 136).

Justamente por essa convivência entre dois sistemas punitivos estatais diversos ser pacificamente admitida na Espanha – o que não significa que é tratada como algo positivo – é que a doutrina espanhola se posiciona de forma cautelosa quanto às concessões de maiores poderes à Administração Pública, sendo que alguns doutrinadores e estudiosos de posicionamento mais radical são, inclusive, contrários à existência de um poder sancionador autônomo da Administração Pública.

Nesse viés, Ramón Parada Vázquez, já em 1972, afirmava que o desenvolvimento do poder sancionador da Administração Pública na Espanha era “dramático, patológico e oposto às normas constitucionais” e que, em seu ponto de vista, o ideal seria uma Administração sem poder sancionador, protegida por meio do sistema judicial penal (VÁZQUEZ, 1972, p. 20).

No mesmo sentido, os autores Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández (1976, p. 408) descreviam o direito administrativo sancionador espanhol na década de 1970 como “pré-beccariano”, tendo em vista a quase ausência de garantias e limites ao poder sancionatório estatal na esfera administrativa.

Enterría e Ramon Fernández (1982 *apud* SOTOMAYOR, 2014, p. 137) se mostravam contrários à possibilidade do legislador poder variar livremente entre delito e infração administrativa, e que o poder sancionatório da Administração Pública deveria possuir caráter auxiliar em relação a justiça penal, e não ser detentor de semelhante protagonismo.

Por essa razão é que a doutrina majoritária da Espanha entende que, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o mais lógico em um Estado de Direito seria que o poder judicial seja o responsável por impor “castigos”, em um processo em que sejam asseguradas as máximas garantias ao acusado e à vítima (SOTOMAYOR, 2014, p. 137).

Em atenção à essa preocupação dos juristas, a atual Constituição Federal da Espanha, em vigor desde 29 de agosto de 1978, consagrou, em seu art. 25.3, a impossibilidade da administração pública impor sanções que possam privar a liberdade do cidadão, direta ou subsidiariamente. Ademais, de uma leitura sistemática do Capítulo Segundo, Seção 1ª, especialmente dos artigos 24 e 25<sup>29</sup>, compreende-se que as garantias conferidas aos acusados penalmente se estendem àqueles acusados por ilícito administrativo.

Inclusive, o Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, na sentença da STC 77/1983, afirmou que o poder sancionador deveria constituir um monopólio judicial e não poderia estar em mãos da Administração, e que existem limites no poder sancionador da Administração, que de maneira direta estão contemplados pelo art. 25 da Constituição Espanhola, e se constituem em direitos subjetivos dos cidadãos (ESPANHA, 1983).

Nesse sentido, o tribunal espanhol reconheceu que tais limites que o poder sancionador da Administração encontra no art. 25.1 da Constituição Espanhola são: a) a legalidade, que determina a necessária previsão do poder sancionador em norma de ordem jurídica, decorrente do caráter excepcional que apresentam os poderes sancionadores da Administração; b) a proibição de a Administração impor penas privativas de liberdade; c) respeito pelo direito de defesa, reconhecido no art. 24 da referida Constituição, que são aplicáveis aos procedimentos que a Administração segue para impor sanções, e d) finalmente, a subordinação ao Poder Judiciário.

O tribunal espanhol apoiou-se nas discussões havidas quando da elaboração do texto da Constituição espanhola de 1978, ocasião em que o constituinte optou por não prever de forma

---

<sup>29</sup> Artigo 24. 1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefensão.

2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre factos presumivelmente delituosos.

Artigo 25. 1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento. 2. As penas que privem de liberdade e as medidas de segurança estarão orientadas para a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados. O condenado a pena de prisão que estiver cumprindo a mesma gozará dos direitos fundamentais deste Capítulo, exceptuando os que se vejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, o sentido da pena e a lei penitenciária. Em todo o caso, terá direito a um trabalho remunerado e aos benefícios correspondentes da Segurança Social, assim como ao acesso à cultura e ao desenvolvimento integral da sua personalidade.

3. A Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem privação de liberdade. (Cf. ESPANHA. Constituição Espanhola (1978). Junta de Castilla y León. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 21 fev 2022.

expressa o princípio do *ne bis in idem*, por considerar que referida norma integraria a legalidade e a tipicidade já proclamadas no texto constitucional.

Ou seja, da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Espanhol à Constituição Espanhola no que tange à imposição de sanções administrativas e penais, no julgamento mencionado, infere-se que houve já naquele período uma embrionária menção à proibição de duplicação punitiva em procedimentos sancionatórios distintos, uma vez que o procedimento administrativo foi colocado como subsidiário, e não concorrente, do procedimento penal.

Naquele contexto, o princípio do *ne bis in idem* foi visto como direito de defesa do indivíduo perante o Estado. Desde essa perspectiva, esse primado configura um direito fundamental do cidadão frente à decisão do Poder Público de castigá-lo por fatos já sancionados em outra instância punitiva.

Ademais, também já se ressaltava, na doutrina e jurisprudência espanhola, a necessidade de comunicar as garantias processuais tipicamente penais ao poder sancionador da Administração Pública, ante o seu caráter repressivo e limitador de direitos, conforme exposto no tópico 3.2 do presente trabalho.

No ano de 1981, o Tribunal Constitucional Espanhol prolatou decisão paradigmática sobre a temática do *ne bis in idem*, ocasião em que declarou que a vedação ao *bis in idem* supõe, em uma de suas mais conhecidas manifestações, que não recaia duplicidade de sanções (administrativa e penal) nos casos em que haja a identidade de sujeito, ilícito e fundamento, e em que não haja uma relação de sujeição especial perante a Administração Pública (como, por exemplo, no caso de servidores públicos), que justifique o poder disciplinar da Administração Pública<sup>30</sup>. Assim, a Espanha considera como critérios para aferir a aplicabilidade do *ne bis in idem*: identidade de sujeito sancionado, identidade fática e identidade do fundamento ou natureza sancionatória (ESPANHA, 1981).

Já em 1985, em sentença de nº 159/1985, a corte espanhola incluiu, para além do princípio da proporcionalidade, o princípio da presunção da inocência como fundamento para a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, sob a lógica de que, caso os mesmos fatos possam ser julgados sucessiva ou simultaneamente, o Estado violaria a ideia de que o indivíduo deve ser visto como inocente (COSTA, 2013, p. 195).

---

<sup>30</sup> Ressalta-se que, no presente trabalho, não se está discutindo a incidência do princípio do *ne bis in idem* em relação às sanções aplicadas pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo disciplinar, visto que, em razão da relação de sujeição especial existente entre o servidor e a Administração, não se pode suprimir o poder disciplinar – constitucionalmente consagrado – desta última.

Pode-se perceber os aspectos polêmicos no debate acerca das conexões entre direito penal e direito administrativo sancionador, especialmente sobre a comunicabilidade de efeitos entre ambas as esferas e, dentro desse aspecto, insere-se o *ne bis in idem*.

Não se pretende, no presente trabalho, esgotar tal discussão, tamanha a sua profundidade. Contudo, julga-se importante abordá-la, ao menos introdutoriamente, a fim de que o leitor possa estar a par da densidade do pano de fundo existente por trás do debate acerca do *ne bis in idem* entre esferas sancionatórias diversas.

Ante o exposto, percebe-se que, em que pese a demasiada valorização da autonomia entre as instâncias que aflige a jurisprudência nacional – o que acabou por implicar em uma incoerência entre instâncias punitivas estatais e em um comprometimento de garantias processuais fundamentais – a tendência internacional atual é que as instituições passem a compreender que “um sistema que permite a todos investigar não é racional, eficiente e tampouco viável” (MENDONÇA JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 101).

#### 4.2 *NE BIS IN IDEM* NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ressalta-se que a dogmática do *ne bis in idem* adquire contornos especiais em se tratando de tutela constitucional da probidade, a qual, como visto, é concretizada por leis infraconstitucionais que disciplinam regimes jurídicos sancionatórios diversos. Isso porque as novas modalidades de responsabilidade atinentes ao gerencialismo administrativo, em muitos aspectos, escapam aos balizamentos do *ne bis in idem* (OSÓRIO, 2022, p. 320).

Dentro da diversidade de condutas ilícitas que podem levar, concomitantemente, à responsabilização em ação penal e em ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato (delimitação do presente trabalho), estão, por exemplo, os crimes contra a Administração Pública previstos no Capítulo I do Título XI do CP e alguns dos crimes licitatórios incluídos no CP pela Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021). Feita essa observação, esclarece-se que não será realizado um maior aprofundamento nas hipóteses específicas de correspondência entre ilícito penal e ilícito de improbidade administrativa, dado que se pretende analisar o *ne bis in idem* e seus desdobramentos de um ponto de vista amplo.

Antes de adentrar às inovações da Lei 14.230/2021 no que tange ao *ne bis in idem* no cenário brasileiro, faz-se necessário cientificar o leitor acerca do panorama jurídico envolvendo as modalidades dessa garantia na seara da improbidade administrativa.

#### 4.2.1 A vertente material do *ne bis in idem* na Lei de Improbidade Administrativa

Conforme visto anteriormente, a Lei nº 8.429/1992 prevê uma série de condutas que se qualificam como improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação de princípios. A lei relaciona sanções de caráter político, administrativo e civil, que podem ou não se igualar às punições tradicionais e, no caso de identidade sancionatória, é vedada sua aplicação em duplicidade (*bis in idem*) (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1.360).

Trata-se da norma do *ne bis in idem* na espécie material, já existente antes da reforma introduzida pela Lei 14.230/2021, que representa uma vedação ao múltiplo sancionamento por um mesmo fato.

No tocante às alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, Gajardoni (2021, p. 500) anota que houve uma preocupação por parte do legislador em evitar que o agente público seja apenado duplamente pelo ilícito praticado, em atenção aos princípios atinentes ao regime de direito administrativo sancionador.

No âmbito sancionatório cível, cita-se, como exemplo, a situação envolvendo a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que prevê como ilícitas uma série de condutas cometidas contra a Administração Pública, sendo passíveis de sancionamento pela referida lei, mas que podem, muitas vezes, se identificar com as condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sobre isso, imperioso mencionar o art. 3º, § 2º da LIA, incluído pela Lei 14.230/2021, que veda expressamente a possibilidade de pessoa jurídica ser punida com sanção prevista na Lei de Improbidade caso a conduta cometida também seja sancionada como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846/2012 (Lei Anticorrupção).

O que o legislador pretende preservar é a unicidade do *ius puniendi* do Estado, não se podendo aplicar sanções de mesma natureza mais de uma vez, pelo mesmo fato. Assim, em que pese uma mesma conduta possa ser prevista como ilícita e receber sanção tanto pela LIA, quanto pela LAC, deve-se ter cautela para que o princípio da independência entre essas instâncias não viole o princípio *ne bis in idem* (CRUZ, 2021, p. 61).

Nesse sentido, o art. 12, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa – já existente antes da reforma de 2021 –, que complementa o art. 3º, § 2º do mesmo diploma legal, prevê que as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base na LIA e na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) “deverão observar o princípio constitucional do *ne bis in idem*”. Aqui, se está diante de expressa vedação ao *ne bis in idem* material em razão de uma coincidência de

disciplinas normativas, de semelhantes objetivos, sobre uma mesma conduta para a qual são atribuídas sanções oriundas de poderes sancionatórios de idênticas naturezas (JUSTEN FILHO, 2022, p. 276).

Em razão disso, sem prejuízo da regra expressa do art. 12, §7º da LIA – que se refere especificamente ao *ne bis in idem* aplicado entre as sanções dispostas na LIA e na Lei Anticorrupção –, foi inserido no art. 21 um § 5º mais genérico, estabelecendo que “as sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com aquelas aplicadas na ação de improbidade”, sem especificar as origens das sanções que podem ser sujeitas à compensação – inferindo-se, portanto, que a compensação pode se dar a partir de sanções oriundas de qualquer instância punitiva, daí que se está, novamente, diante da mitigação da independência entre as instâncias (GAJARDONI, 2021, p. 501).

Assim, com base na premissa do art. 1º, §4º da LIA, atenuou-se, um pouco mais, o regime sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa, expressamente determinando-se a compensação, evitando-se indevido *bis in idem*.

Gajardoni (2021, p. 501) exemplifica que pode ser compensada a suspensão dos direitos políticos derivada da condenação criminal (art. 15, III da CF) com a sanção, de mesma natureza, aplicada no âmbito da ação civil de improbidade administrativa. Nessa hipótese, o agente permanecerá com os direitos políticos suspensos pelo período determinado pelo juiz da ação de improbidade, devendo ser descontado o período já cumprido enquanto pendentes os efeitos da condenação criminal em razão do mesmo fato.

Ademais, o art. 17-C, V da LIA, também acrescentado pela Lei 14.230/21, é expresso no sentido de que o juiz da ação de improbidade administrativa deverá considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Outro âmbito de operatividade do *ne bis in idem* material, elucidado por Justen Filho (2022, p. 111-112), consiste, por exemplo, nas hipóteses de ressarcimento de danos e restituição de vantagens indevidas, previstas na Lei de Improbidade Administrativa: não é difícil que essas sanções também se resultem de outras vias, como na esfera cível comum. A conduta se submete a uma mesma descrição legal que, no entanto, pode gerar sancionamentos idênticos oriundos de instâncias distintas. Portanto, não há cabimento para que a sentença reitere uma imposição idêntica a outra anteriormente já feita.

Em outros casos, a pluralidade de dimensões normativas poderá implicar o tratamento de uma mesma conduta sob enfoques distintos (penal, administrativo, cível). Assim, no

exemplo dado por Marçal Justen Filho (2022, p. 241), a pagamento de propina pode desencadear punição penal e sancionamento por improbidade, não havendo, para o autor, vedação ao *bis in idem* nesse caso. O autor explica que (2022, p. 158-159):

A pluralidade das dimensões da ilicitude não é incompatível com a vedação ao “bis in idem”. Aplica-se essa vedação ao interno de cada ramo do direito. Assim, uma mesma conduta pode configurar ilícito penal, administrativo e civil e merecer punição em cada uma dessas órbitas. [...] No entanto, não é juridicamente cabível a multiplicação de punições no âmbito de cada um desses setores. Então, a conduta configurada como crime será objeto de um único sancionamento penal (cuja amplitude dependerá da gravidade e da reprovabilidade da conduta). O mesmo se passará relativamente às punições civis e administrativas. Em termos práticos, será inconstitucional aplicar à mesma infração duas ou mais sanções de igual natureza jurídica.

No trecho acima, Marçal Justen Filho está se referindo ao *ne bis in idem* material, sendo majoritário o entendimento de que tal vedação só se impõe no caso de sanções idênticas em seu conteúdo e oriundas da mesma natureza punitiva.

Portanto, infere-se que, por ora, no ordenamento jurídico brasileiro, não há impedimento legal ou jurisprudencial para que haja a aplicação de sanções múltiplas sobre o mesmo fato, desde que tais sanções não sejam idênticas, hipótese em que deverão ser compensadas, se sua natureza permitir (fica vedada, por exemplo, a cumulação do período de suspensão de direitos políticos determinado em distintas esferas punitivas).

Na verdade, o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é de que a cumulação de sanções de esferas sancionatórias distintas, *per se*, não caracteriza *bis in idem*, sendo que o âmbito de operatividade do *ne bis in idem* material, quanto a esse aspecto, é extremamente restrito.

Trata-se de posicionamento adotado para fins do presente estudo, não na perspectiva de um dever-ser, mas sim em uma análise realista e ontológica de como o ordenamento jurídico disciplina o tema e quais são suas limitações<sup>31</sup>.

Por outro lado, no tocante à sistemática de repressão à improbidade administrativa, o *ne bis in idem* encontra campo fértil para se desenvolver em sua vertente processual – especialmente após as modificações introduzidas pela Lei 14.230/2021.

---

<sup>31</sup> Nesse particular, é importante ressaltar que alguns países – especialmente os pertencentes à União Europeia – apresentam um tratamento mais radical acerca dos âmbitos de operatividade do *ne bis in idem* material, ao considerar que, ao se aplicar sanção a um mesmo fato, ainda que por intermédio de instâncias distintas (penal e administrativa), configurar-se-ia violação ao *ne bis in idem*. Dentre os países que adotam esse posicionamento estão Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Para maior aprofundamento, cf. LOBO DA COSTA, Helena Regina. Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010).

#### **4.2.2 A vertente processual do *ne bis in idem* na Lei de Improbidade Administrativa e seu fortalecimento após as alterações promovidas pela Lei 14.220/2021**

Cumprir pontuar que, na prática forense, o que mais preocupa os acusados em geral não é apenas o desencadear de ações penais, mas a propositura desenfreada de ações públicas punitivas, como é o caso dos processos administrativos disciplinares e das ações de improbidade administrativa – estas, conforme visto, têm sido manejadas desenfreadamente pelo Ministério Público (OSÓRIO, 2022, p. 322).

Isso porque os mesmos fatos que, na seara penal, costumam constituir crimes de baixo apenamento, ao mesmo tempo caracterizam atos ímprobos ou graves infrações administrativas.

A exemplo disso, tem-se que, enquanto ao delito de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal, vem cominada pena que varia de três meses a um ano de detenção, com a possibilidade de transação penal (substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restrição de direitos e arquivamento do processo, conforme Lei 9.099/1995), as sanções administrativas previstas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, incluem a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa de até cem vezes o valor da remuneração do funcionário e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Nada obstante, é evidente que, no ordenamento jurídico brasileiro, o juízo penal possui certo nível de prevalência em relação ao juízo extrapenal, dados os efeitos (geralmente) mais severos das sentenças penais (privação de liberdade) e também seus efeitos extrapenais<sup>32</sup> – que por muitas vezes se identificam com sanções comumente aplicadas na órbita cível e administrativa, devendo ser compensados com essas, conforme visto na abordagem sobre o *ne bis in idem* material (OSÓRIO, 2022, p. 322)

Ademais, não havia no sistema jurídico pátrio uma necessária vinculação do juízo penal com o juízo extrapenal, que eram, na maioria das vezes, independentes. As exceções se davam, como visto, no caso de absolvição por ausência de materialidade delitiva ou negativa de autoria (art. 126 da Lei 8.112/90, art. 935 do Código Civil e art. 66 do Código de Processo Penal).

---

<sup>32</sup> Rememora-se as repercussões extrapenais das sentenças penais condenatórias, de acordo com o Código Penal, em seus arts. 91 e 92, as quais apresentam caráter administrativo e/ou cível, e se identificam com algumas das sanções dispostas na LIA, como, por exemplo, a obrigação de indenizar o dano causado pela conduta, e a determinação da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. São situações que se materializam como sanções autônomas e veiculáveis em processos sancionatórios que divergem em sua natureza.

Todavia, prevalecia no Brasil – e, afastando a ingenuidade, ainda prevalece – uma dinâmica restritiva em torno da interpretação do *ne bis in idem* aplicada a atos ilícitos cometidos por agentes públicos. Esse ideal punitivo se relaciona com uma compreensão popular consciente ou inconsciente acerca do mau funcionamento das instâncias de controle. Ainda, certamente os escandalosos problemas de corrupção e má-gestão pública reinante nas estruturas administrativas corroboram para esse cenário. É o ponto de vista social sobre a temática.

Do ponto de vista jurídico, a resistência dos operadores do direito em admitir a incidência do princípio do *ne bis in idem* no âmbito da improbidade administrativa (e crimes contra a Administração Pública) é pautada nos princípios da separação de poderes, independência das instâncias e autonomia das infrações e dos fundamentos do poder punitivo – lógica que favorece a expansão do direito de punir do Estado (OSÓRIO, 2022, p. 346)

Assim, em que pese sua relevância no ordenamento jurídico, a garantia do *ne bis in idem* processual ficava esvaziada quando se tratava de improbidade administrativa, tendo suas potencialidades não exploradas – e desperdiçadas – em razão da acepção em torno da necessidade de persecução punitiva mais severa e intensa em face dessa espécie de conduta.

Não se pretende, no presente trabalho, realizar uma análise jurisprudencial das discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário em torno dessa controvérsia. Todavia, faz-se necessário consignar que esse entendimento contrário à incidência do princípio do *ne bis in idem* processual na seara da improbidade administrativa já foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria afetada ao regime de repercussão geral (Tema 576).

O *leading case* foi o Recurso Extraordinário 975.566, em que se discutiu a caracterização ou não de *bis in idem* em ações que discutiam atos de improbidade administrativa e responsabilização penal (*in casu*, por crime de responsabilidade cometido por agente político), sendo, ao final, negado provimento ao recurso por unanimidade de votos e resultando rechaçada a tese do *ne bis in idem*.

A ementa do julgamento do RExt 975.566 demonstra a força do ideário punitivista no que tange às condutas de improbidade, o qual encontra amparo no princípio da independência entre as esferas:

CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. "Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime" (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do

candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32). 2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 976566, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, publicado em 26/09/2019).

A tese de repercussão geral fixada pela Suprema Corte se deu, então, nos seguintes termos: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”.

Malgrado esse entendimento, a busca por uma maior coerência e racionalidade no interior do sistema jurídico punitivo tem levado ao fortalecimento da doutrina que defende uma maior mitigação da autonomia das instâncias, acolhida expressamente na Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, conforme será visto em seguida.

*A priori*, deve-se destacar que, mesmo antes da reforma de 2021, o posicionamento jurisprudencial já vinha se orientando no sentido de aplicar o *ne bis in idem* processual entre poderes punitivos distintos no âmbito da improbidade administrativa.

O último posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito da Reclamação Constitucional 41557/SP, publicado em 15 de dezembro de 2020, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (já abordada no capítulo precedente, ao tratar da transposição de garantias constitucionais do direito penal ao administrativo sancionador), demonstra que a doutrina que defende a mitigação da independência entre instâncias tem ganhado vulto no direito brasileiro, inclusive no que tange à esfera de responsabilização por atos ímprobos. Neste sentido, a ementa do julgamento:

Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão

precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao *bis in idem*. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens (STF, Rel., Min, Gilmar Mendes, RCL 41.557 MC/SP, 2ª T., julgado em 30.06.2020).”

O referido *decisum* confirmou a medida cautelar concedida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, em que foi determinado o trancamento da ação de improbidade administrativa, porquanto já havia sido arquivada ação penal que discute os mesmos fatos, com o mesmo substrato probatório, em razão do entendimento do juízo penal no sentido de que inexistir justa causa para a persecução penal. Assim, segundo o voto do ministro relator, por tratar dos mesmos fatos imputados na esfera criminal, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa desrespeitou decisão anteriormente proferida (Habeas Corpus 158.319/SP), bem como violou o princípio do *ne bis in idem*.

Extrai-se do inteiro teor do Acórdão proferido pela 2ª Turma da Suprema Corte na referida reclamação que, diante dos princípios constitucionais que regem o sistema penal, principalmente proporcionalidade, subsidiariedade e necessidade, deve-se ter o entendimento de que “círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao Direito Administrativo Sancionador” pela mesma narrativa fático-probatória (2020, p. 21).

Observe-se que, se dentro da tradicional lógica de autonomias e competências independentes, haveria um obstáculo à vinculação entre poder punitivo penal e o poder punitivo exercido pela própria Administração Pública (por exemplo, em processo administrativo disciplinar para responsabilização de servidor público), em razão do princípio da separação dos poderes (na hipótese, Executivo e Judiciário), esse mesmo obstáculo não se faz presente entre duas espécies de poder punitivo exercidos pelo Judiciário. Isso significa que o princípio da separação de poderes, a princípio, não constitui óbice à comunicação da instância penal à esfera da improbidade administrativa (OSÓRIO, 2022, p. 340).

Na verdade, a lógica é outra: justamente por ser a ação de improbidade administrativa e a ação penal decididas por intermédio do exercício de função jurisdicional propriamente dita, isto é, no âmbito do Poder Judiciário, é que se mostra imperiosa a necessidade de coerência

entre o juízo da ação de improbidade (extrapenal) e o juízo penal – sob pena de configuração de um Poder Judiciário irracional e incongruente.

Por isso, é imperioso reconhecer a aplicação do *ne bis in idem* quando os mesmos fatos forem julgados por diferentes justiças especializadas, visto que o Poder Judiciário brasileiro é uno, verificando-se apenas repartições de competências (COSTA, 2012, p. 183).

É pautando-se nessa lógica que o legislador trouxe uma importantíssima novidade à Lei de Improbidade Administrativa no que tange à comunicação entre as instâncias punitivas penal e de improbidade, consubstanciada no parágrafo quarto do artigo 21 da referida lei.

O artigo 21 da Lei 8.429/1992 trata de estabelecer uma série de diretrizes para a aplicação da norma sancionadora no âmbito da ação de improbidade administrativa. A Lei 14.230/2021 introduziu importantes alterações no referido dispositivo legal, ao positivar um novo regramento para a comunicação entre as instâncias penal e civil/administrativa.

Como visto, a legislação brasileira já estabelece, de forma pontual em distintos diplomas legais, as hipóteses de comunicação da sentença penal absolutória para o impedimento ou trancamento de ação de natureza extrapenal pelo mesmo substrato fático-probatório, desde que a absolvição tenha sido fundada em provada inexistência do fato e/ou negativa de autoria (fundamentos de absolvição previstos nos respectivos incisos I e IV, do art. 386 do CPP), conforme art. 935 do CC e art. 66 do CPP.

Nesse sentido, não possui caráter inovador a redação do § 3º do art. 21 da LIA, conferida pela Lei 14.230/2021, ao prever que “as sanções civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa de autoria”. Com efeito, apenas repetiu-se, no diploma legal específico sobre a improbidade administrativa, a regra geral já consolidada nos Códigos Civil e Processual Penal (GAJARDONI, 2021, p. 402).

É evidente que a deliberação do juízo criminal deve prevalecer sobre o juízo cível/administrativo no âmbito da improbidade administrativa, considerando que a instância penal é o poder sancionador por excelência, que possui maior aptidão e instrumentos para a produção probatória. Neste particular, pontua-se que tanto o art. 64, parágrafo único do Código Processual Penal, quanto o art. 315 do Código de Processo Civil recomendam que o juiz de ação extrapenal – no caso, ação de improbidade administrativa – suspenda o curso do processo que discutir os mesmos fatos que uma ação penal em andamento. Neste sentido, deve o juiz extrapenal aguardar o pronunciamento definitivo da justiça criminal a respeito da questão posta

judicialmente. Aqui, percebe-se a prevalência que o juiz penal possui em detrimento do juiz extrapenal (GAJARDONI, 2021, p. 492).

O que há de mais relevante novidade a ser destacada para a discussão acerca da comunicabilidade entre as instâncias (e mitigação de suas autonomias) é a redação do § 4º do art. 21, que assim dispõe:

Art. 21. [...] 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

O referido parágrafo, incluído pela Lei 14.230/2021, chama atenção por expandir de forma considerável a regra da prevalência da jurisdição penal sobre a esfera civil/administrativa, sendo uma clara manifestação do princípio do *ne bis in idem processual* e de respeito à coisa julgada (GAJARDONI, 2021, p. 492).

O supracitado dispositivo legal, ante a sua relevância e seu caráter inovador, será analisado de forma individualizada.

#### 4.3 REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DO ART. 21, § 4º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em geral, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões penais por insuficiência de provas não vinculam as demais instâncias, pois não representam um atestado de autoria ou de materialidade. No caso, se a decisão juízo penal absolver o indivíduo por entender serem insuficientes as provas acerca da sua autoria ou da materialidade, pois o juízo penal não decidiu sobre esses elementos, e sim absteve-se de decidir em razão da escassez probatória (OLIVEIRA, 2018, p. 7).

O art. 21, § 4º da Lei 8.429/1992, portanto, ampliou de forma inovadora o efeito vinculante da sentença penal absolutória, efeito este tradicionalmente restrito às hipóteses de comprovação de inexistência de autoria ou materialidade.

A partir da referida alteração legislativa, a comunicação da improcedência de pleito criminal poderá se dar por todas as sete hipóteses de absolvição previstas nos incisos do art. 386 do Código de Processo Penal. Neste sentido, a ação de improbidade não poderá ser ajuizada

(ou prosseguida, caso já esteja em curso) mesmo no cenário de, na instância penal, não haver prova da existência do fato (inciso II), de não constituir o fato infração penal (inciso III), de não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V), de existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (inciso VI, referente aos arts. 20, 21, 22, 23, 26, § 1º do art. 28 do CP<sup>33</sup>) ou mesmo na situação em que não há prova suficiente para a condenação (inciso VII).

A razão para essa modificação no modelo de comunicação entre as esferas se relaciona diretamente com as novas disposições da LIA acerca da natureza da ação de improbidade administrativa, notadamente em seu art. 1º, § 4º (que estabelece sua sujeição aos princípios do direito administrativo sancionador) e em seu art. 17-D (que expressamente ressalta o caráter repressivo e punitivo da ação de improbidade).

Isto é, em que pese a possibilidade de serem abarcadas pretensões meramente ressarcitórias (cíveis) na ação de improbidade, entende-se pela preponderância de sua natureza eminentemente punitiva. Desta feita, “prestigiou-se o juízo ordinariamente vocacionado para a aplicação de sanções, o criminal, fazendo com que a sua decisão gerasse sempre impactos na ação de improbidade ante aos fatos de incidência múltipla” (GAJARDONI, 2021, p. 494).

Gajardoni (2021, p. 294) ressaltou não haver inconstitucionalidade na referida alteração legislativa, visto que o art. 37, 4º da Constituição Federal de 1988 – que rege, a nível constitucional, a tutela da probidade e moralidade administrativa –, em que pese tenha permitido a apuração concomitante em diferentes instâncias, não impediu que a absolvição criminal gerasse efeitos sobre a ação civil. Isto é, a CF/88 não estabeleceu limites à atividade do legislador infraconstitucional, que possui a liberdade para estabelecer os critérios de comunicação dos fundamentos entre as instâncias penal e civil/administrativa.

Enfim, a redação conferida ao art. 21 § 4º da LIA<sup>34</sup> denota uma tendência de avanço rumo a uma dogmática unitária e coerente, um “direito processual punitivo”, de forma

---

<sup>33</sup> Respectivamente: erro por discriminantes putativas quando não houver tipificação culposa da conduta, erro escusável sobre a ilicitude do fato, coação moral irresistível, hipóteses de exclusão de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito) e inimputabilidade.

<sup>34</sup> Conforme aponta Gajardoni, o dispositivo comentado merece uma interpretação cuidadosa, haja vista que a mitigação da autonomia das instâncias não pode comprometer a tutela do patrimônio público, tampouco impedir que, no âmbito administrativo, o agente absolvido criminalmente possa ser punido, haja vista a autonomia da Administração Pública frente ao Poder Judiciário para exercer o poder administrativo disciplinar em face dos agentes públicos, considerando a relação de sujeição especial incidente na hipótese. Nesse sentido, o autor sustenta que o §4º do art. 21 da LIA é inaplicável quanto à pretensão reparação dos danos ao patrimônio público, dada como imprescritível 4º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a ação de improbidade administrativa deverá ser convertida em ação civil pública para a devida reparação, na forma do art. 17, §16 e

semelhante ao que já vêm entendendo as cortes europeias, em um contexto de discussão acerca dos direitos e garantias processuais enquanto direitos humanos, conforme visto em tópico próprio.

À vista disso é que o legislador optou por determinar que, se houver um mesmo conjunto fático-probatório<sup>35</sup> e uma mesma descrição fática nas ações de improbidade, a sentença penal de absolvição (ou seja, apenas a sentença *pro reo*) ampliará seus efeitos ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, p. 324).

O que se pretende evitar é que, em virtude dos mesmos fatos e das mesmas provas (ou, ainda, da falta delas), um indivíduo seja absolvido em uma esfera de responsabilidade e condenado em outra, denotando atuação de um Estado incoerente. Com a alteração legislativa em comento, espera-se que o Estado atue de maneira mais eficiente, coerente e unitária na investigação e processamento de fatos ilícitos (OSÓRIO, 2022, p. 325-326).

A Nova Lei de Improbidade Administrativa, ao contemplar a incidência da sentença absolutória criminal em sua esfera, consagrou o princípio do *ne bis in idem* no âmbito da ação de improbidade administrativa. Com efeito, diante do estudo acerca do *ne bis in idem* realizado no presente trabalho, infere-se que, com a redação do art. 21, § °, se está diante de uma notória manifestação do *ne bis in idem* processual entre distintas instâncias.

Deve-se retomar as ponderações efetuadas no tópico acerca do *ne bis in idem* processual para lembrar que um processo sancionatório (não necessariamente criminal, mas com natureza punitiva) é, por si só, uma sanção, ante os impactos negativos exercidos perante o indivíduo.

Afinal, questiona-se se seria justo, à luz dos valores de proporcionalidade e razoabilidade, que o absolvido na esfera criminal responda, dessa vez em outra esfera, nova

---

17 da LIA. Ou seja, a comunicabilidade dos fundamentos da absolvição, ao contrário do que pode pensar o senso comum punitivista, não visa dificultar a responsabilização do agente, que continuará podendo ser responsabilizado pelos danos causados. Trata-se, na verdade, de nova normativa que objetiva a limitação do poder sancionador estatal o respeito ao princípio da proporcionalidade e da economicidade (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/1992, com as alterações ds Lei 14.230/2021. 5. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pps. 494-496).

<sup>35</sup> Deve-se ressaltar, ainda, que a comunicação dos fundamentos da absolvição não é automática, e ocorre apenas se atinentes aos mesmos fatos e/ou elementos necessários para configuração da improbidade administrativa. Por exemplo, muitas vezes o elemento que caracteriza o tipo penal e que não se conseguiu provar na esfera criminal, sequer é requisito para caracterização da improbidade na esfera civil-administrativa. Isto é, caso o fato ou o elemento que o juízo criminal entendeu não provado ou ausente não seja relevante para subsunção da conduta ao ato de improbidade previsto na LIA, não se operará a comunicação do fundamento da absolvição da ação penal. Nesse sentido, Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/1992, com as alterações ds Lei 14.230/2021. 5. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pps. 496-497).

ação de caráter repressivo, aflitivo de sua moral e reputação, ainda que na hipótese de simplesmente não ter sido provada a autoria e/ou materialidade da conduta, por exemplo. No ponto, traz-se à baila a reflexão de Fernando Carnelutti acerca da absolvição por insuficiência de provas (2001, p. 63):

[...] quando o juiz absolve por insuficiência de provas, não resolve nada: as coisas permanecem como antes. A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constituiu delito anula a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permanece. O processo não termina nunca. O acusado continua a ser acusado pela vida toda. Não é um escândalo também isto? Nada menos que uma confissão da impotência da justiça.

Isto é, a sentença absolutória, ainda que fundada em insuficiência de provas, produz presunção da ausência da presença dos requisitos exigidos para a punição do agente por meio da improbidade<sup>36</sup>, devendo ser observado o primado da segurança jurídica, o qual implica a necessidade de coerência entre as decisões proferidas pelas diversas instâncias estatais (JUSTEN FILHO, 2022, p. 264).

Nesse viés, entra em cena a anteriormente descrita função dupla da coisa julgada (ainda que em sua modalidade formal), que visa tutelar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, estritamente relacionada às garantias individuais fundamentais decorrentes do basilar primado da dignidade da pessoa humana.

A incidência do *ne bis in idem* processual na esfera de improbidade, portanto, evita que, por um erro judiciário – e aqui refere-se não ao erro profissional, decorrente de imperícia, mas sim ao erro oriundo, naturalmente, da condição humana do julgador, conforme anota Carnelutti (2001, p. 64) – o acusado seja acusado, por toda a vida, por um mesmo fato.

Contudo, essa não foi a única das pretensões do legislador. Ressalta-se, principalmente, que a Lei 14.230/2021 foi atenta às discussões nacionais e internacionais sobre o tema e acolheu a doutrina que defende o temperamento da independência entre as instâncias, reforçando, ainda,

---

<sup>36</sup> Nesse aspecto, Marçal Justen Filho explica que é necessário que o juízo da ação de improbidade indique evidências que justifiquem logicamente a conclusão distinta em face de uma outra decisão judicial. Se um determinado juízo concluir pela insuficiência de prova para que se possa condenar o acusado, incumbe um ônus exacerbado para o julgador da ação de improbidade que, examinando as mesmas provas, delas extrair conclusão distinta. É dizer que não basta a invocação da livre convicção do magistrado para justificar e legitimar decisões contraditórias proferidas por juízos diversos acerca do mesmo conjunto fático-probatório: é imprescindível que o magistrado motive adequadamente a sua conclusão, indicando os elementos probatórios que o conduziram a uma decisão diversa daquela atingida por outro julgador que se encontrava diante do mesmo cenário. Assim, a alteração legislativa em comento visou, também, deixar claro que a livre convicção do magistrado não deve ser confundida com arbitrariedade judicial. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 264.

o conteúdo penal das sanções administrativas aplicadas aos atos improbidade – ainda que, formalmente, sejam impostas por intermédio de processo judicial extrapenal.

Junto a isso, o legislador expandiu as possibilidades de incidência dos axiomas do direito penal, em razão da origem comum entre este e o regime jurídico que orienta a ação de improbidade, qual seja, o direito administrativo sancionador.

A partir do aspecto multirrepressivo da responsabilização por improbidade, defende-se o reconhecimento do instituto do *ne bis in idem* entre esferas sancionadoras distintas que incidem sobre essa espécie de ilícitos, a fim de que se possa limitar o poder punitivo do Estado, que se expande em diversas formas de manifestações.

Aliás, entende-se como imperioso – por ser uma consequência lógica – assumir a aplicabilidade do *ne bis in idem* na esfera da improbidade, haja vista que, tal como ocorre no direito penal, também no direito administrativo sancionador incide o fenômeno do concurso aparente de normas repressivas, que gera o risco de *bis in idem*. Trata-se de discussão que, assim como o estudo do *ne bis in idem*, insere-se no âmbito de uma teoria da aplicação da norma sancionadora, conforme proposto por Osório (2022, p. 373-387).

Ressalta-se que a eventual coincidência entre ilícito penal e improbidade teria como consequência óbvia a impossibilidade de cumulação de sanções, em razão do *ne bis in idem*. Todavia, conforme visto no tópico 2.3, existem importantes distinções entre essas duas espécies de ilícito que impedem a incidência automática do princípio do *ne bis in idem* entre ambas, especialmente em sua vertente material.

Portanto, é possível que um mesmo fato seja sancionado, concomitantemente, por meio do direito penal e da Lei de Improbidade Administrativa, sem que isso se revele automaticamente uma violação do *ne bis in idem*. Por outro lado, também é correto afirmar que há situações em que, sim (e por distintas razões), a duplicidade/multiplicidade sancionatória viola tal princípio.

Isso porque seria por demais simplista ignorar todas as semelhanças constatadas entre ambos os ilícitos penal e de improbidade administrativa, que possuem especial gravidade e ensejam a atribuição de sanções de grande impacto nos direitos do acusado. Entra em cena, então, para o ajuste entre a(s) sanção(ões) imposta(s), o princípio da proporcionalidade (BACH, 2021, p. 279).

Dentro dessa discussão, o principal avanço da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa foi a absorção do impacto da absolvição penal diretamente no campo da improbidade administrativa, em atenção ao princípio da proporcionalidade da resposta estatal,

tanto em sua manifestação processual (art. 21, § 4º), quanto na aplicação da sanção (prevendo que deverão ser compensadas as sanções de diferentes esferas, conforme art. 21, § 5º), o que representa uma importante e inovadora manifestação do princípio do *ne bis in idem* entre distintas instâncias punitivas no ordenamento jurídico brasileiro (OSÓRIO, 2022, p. 328).

Na verdade, o fundamento mais seguro para se reconhecer a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre instâncias diversas, tanto em sua vertente material, quanto em sua vertente processual, especialmente na improbidade administrativa, reside no princípio da proporcionalidade. É o entendimento de autores como Helena Regina Lobo da Costa<sup>37</sup>, Rafael Munhoz de Mello<sup>38</sup> e Marion Bach, por exemplo.

O princípio da proporcionalidade impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, indica que “se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim” (COSTA, 2013, p. 216).

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da proporcionalidade remete ao dever do Estado de utilizar dos meios adequados para atingir os seus fins, e dentro desses meios, optar por aqueles que sejam menos onerosos para o cidadão.

Considerando o já evidenciado panorama de que o fato pode ensejar punição na esfera administrativa, na esfera cível (pela Lei de Improbidade Administrativa ou pela Lei Anticorrupção), na esfera de atuação do Tribunal de Contas, na esfera do CADE, entre outras, o princípio da proporcionalidade apresenta especial relevância para atribuir maior racionalidade e moderação à resposta estatal, de modo que essa não ultrapasse a função para a qual é legitimada.

---

<sup>37</sup> Helena Regina Lobo da Costa realiza importante estudo acerca dos fundamentos jurídicos passíveis de serem utilizados para legitimar a incidência do princípio do *ne bis in idem* entre instâncias punitivas distintas, de modo que a autora compreende o postulado da proporcionalidade como o principal deles. Embora se possa falar, também, de dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e legalidade, o verdadeiro sustentáculo do *ne bis in idem* reside na proporcionalidade e razoabilidade. Para maior aprofundamento, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pps. 213-217.

<sup>38</sup> Apesar de não tratar especificamente da improbidade administrativa, Mello tece importantes considerações sobre os princípios atinentes ao regime jurídico administrativo sancionador, e entende que, dentre eles, está o princípio da proporcionalidade, que serve como fundamento ao *ne bis in idem*, no entender do autor. Cf. MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183.

A proporcionalidade é exigida, inclusive, pelo parágrafo terceiro do artigo 21 da LINDB, dispositivo especialmente relevante diante da sobreposição de instâncias sancionadoras. O § 3º do artigo 22 exige que as sanções aplicadas ao agente sejam “levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Neste sentido, objetiva-se impedir a cumulatividade de sanções idênticas pela prática da mesma infração (DI PIETRO, 2020, p. 213). Daí, pode-se tecer a relação do princípio da proporcionalidade com o *ne bis in idem* material.

No que tange à improbidade administrativa, conforme já mencionado, a proporcionalidade é critério expressamente previsto na LIA, a ser considerado pelo julgador no momento da aplicação das sanções, bem como a razoabilidade (art. 17-C, inciso IV, ‘a’).

Com relação ao *ne bis in idem* processual, segue-se a mesma lógica. Em observância ao princípio da proporcionalidade, a ideia de cumular sanções de finalidades praticamente idênticas por meio de processos paralelos não se configura como um meio adequado, necessário ou proporcional para atingir ao fim almejado pelo legislador (COSTA, 2013, p. 216). Com efeito, estar-se-ia diante da utilização de meios excessivos para o atingimento da finalidade.

Nesse ponto, cabe ressaltar o caráter de subsidiariedade existente entre os três subprincípios corolários do princípio da proporcionalidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, deve-se analisar, primeiro, a adequação daquele meio de resolução do problema jurídico; caso não possa este ser resolvido pelo critério da adequação, passa-se para o critério da necessidade; e, por último, se o problema já não houver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 33-34).

Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 222) defende que deve ser utilizado o método descrito por Afonso da Silva<sup>39</sup> para aferir o sistema sancionatório a ser imposto a determinada conduta.

Ou seja, de um ponto de vista procedimental, deve-se, de início, realizar uma análise de qual via (administrativa, cível ou penal) é mais adequada ou eficiente para a aplicação da sanção. Se o direito administrativo se revelar mais efetivo, deverá ele ser adotado, ou vice-versa.

---

<sup>39</sup> O autor sintetiza o método de ponderação de princípios por meio da proporcionalidade e seus subprincípios. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 798, pp. 23-50, 2002.

Caso se julgue que todos os meios se mostram igualmente adequados, averigua-se o critério da necessidade. Se o atingimento dos efeitos pretendidos pelo legislador<sup>40</sup> (seja a retribuição, seja a prevenção) quanto à determinada conduta pode ser alcançado por meio de um processo na via cível ou administrativa, não haveria a necessidade de manejar, também, a via processual penal – podendo ocorrer, também, o inverso. Rememora-se os precedentes internacionais mencionados no tópico 4.1.3, em que os órgãos jurisdicionais europeus de proteção aos direitos humanos entenderam que somente a sanção administrativa ou somente a sanção penal exerciam efeitos suficientes para atingir a finalidade repressiva de sua aplicação, não sendo necessária a cumulação de processos em ambas as esferas – eis que ambas as espécies sancionatórias possuem conteúdo penal.

É dessa forma, portanto, que o princípio da proporcionalidade funciona tanto como fundamento, quanto como critério para aplicação do instituto do *ne bis in idem* entre esferas sancionatórias distintas.

A alteração legislativa consubstanciada no art. 21, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa, portanto, vai ao encontro dos novos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da necessidade de se atribuir uma maior harmonia entre os distintos “braços” punitivos do Estados, notadamente entre direito penal e direito administrativo sancionador, enquanto ramos jurídicos que possuem o condão de afligir consideravelmente direitos e garantias fundamentais e que, portanto, não podem ser sobrepostos ao bel prazer do intérprete da lei.

Isso porque o ordenamento jurídico não pode consistir em um conjunto desconexo de normas jurídicas, uma das razões pela qual a ideia de independência entre as instâncias mostra-se inconsistente, em diversos sentidos, não podendo ser adotada como dogma inquestionável (COSTA, 2013, p. 119)

Com efeito, a suposta independência entre as instâncias é um argumento bastante frágil utilizado para justificar a multiplicidade sancionatória estatal. Essa fragilidade se dá, principalmente, em razão do referido princípio não contar com uma estruturação teórica que aponte seus fundamentos com contundência, o que seria necessário diante de seu condão de restringir direitos fundamentais (COSTA, 2013, p. 221).

---

<sup>40</sup> Nesse ponto, mostram-se relevantes as avaliações de impacto legislativo, instrumentos que poderiam ser utilizados para averiguar se o direito administrativo sancionador seria o mais eficaz para a punição e prevenção de determinados ilícitos.

Sob essa mesma perspectiva, é inviável a insistência em sustentar a independência das instâncias com base em uma antiquada visão pautada exclusivamente no ideal de separação de poderes, “onde as Instituições e os Poderes atuam isoladamente, sem comunicações recíprocas e sem responsabilidades que transcendam suas esferas de intervenção” (OSÓRIO, 2022, p. 329).

Desta feita, infere-se que há que se retomar a leitura do ideal proposto por Montesquieu sob o ponto de vista contemporâneo, considerando o caráter complexo e multifacetado das instituições atuais.

Nesse particular, o princípio que determina a separação entre os poderes não detém o mesmo rigor da concepção original de Montesquieu. No constitucionalismo moderno, e considerando a ampliação das atividades estatais, que introduziu novas formas de comunicação entre os poderes, o postulado da separação de poderes não é entendido como uma “separação” propriamente dita, mas sim como uma harmonização entre os poderes, por meio do sistema de freios e contrapesos (BACH, 2021, p. 152)

Da mesma forma que a separação de poderes não é absoluta, mas relativa, também devem ser fortalecidas na doutrina e na jurisprudência discussões sobre a necessidade de relativização da autonomia entre as instâncias, bem como de retomar o debate e o aprofundamento sobre as funcionalidades do denominado “princípio do *ne bis in idem*” aplicado a distintas instâncias punitivas – princípio este que, embora tão relevante para o Direito brasileiro, foi posto em papel secundário por muitos anos no cenário jurídico pátrio, suprimido pelo ideário de supervalorização da autonomia entre esferas. Trata-se de debate o qual o presente estudo visou fomentar.

Em arremate, o Estado deve ter cautela para que não subsistam decisões conflitantes das instâncias supostamente “independentes”, tanto dentro da organização do Poder Judiciário (juízes penais e extrapenais), quanto entre instâncias judiciária e administrativa. Assim, faz-se necessário ampliar o espaço de consenso e diálogo entre os órgãos de controle e das instâncias de aplicação de sanções, a fim de que o *ius puniendi* estatal seja exercido com proporcionalidade e razoabilidade<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Nesse aspecto, Helena Regina Lobo da Costa defende que o reconhecimento do *ne bis in idem* entre as esferas penal e administrativa sancionadora não deve ser feito de forma isolada, mas sim ser inserido em uma “política jurídica conjunta, que estabeleça parâmetros destinados ao legislador de modo a considerar os dois sistemas sancionadores” (2020, p. 235). Isso porque, segundo a autora, o *ne bis in idem* é regra destinada especialmente ao papel de legislador, que não pode ser tomado pelo juiz. A autora propõe que a adoção do *ne bis in idem* aportaria maior racionalidade legislativa na produção de leis sancionadoras, já que o legislador se veria obrigado a optar pela via penal ou administrativa, devendo refletir sobre as especificidades de cada esfera no sentido de

No tocante ao campo da improbidade administrativa, não se pode deixar de anotar que a possibilidade de temperamento da autonomia entre as instâncias é ligeiramente mais limitada do que nos demais ramos jurídicos, haja vista que recebe um *status* autônomo e peculiar pelo já elucidado art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que ressalva o cabimento da ação penal para castigar o agente ímprobo, com a simultânea perspectiva das sanções previstas constitucionalmente e na Lei 8.429/1992.

Por conseguinte, e considerando a gravidade e reprovabilidade que essa espécie de conduta ilícita apresenta no contexto brasileiro, o *ne bis in idem* recebe contornos próprios na esfera da improbidade administrativa, não sendo possível invocá-lo, na tutela das relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, com o mesmo alcance geral que esse princípio possui nas demais órbitas de comunicação entre esses dois ramos jurídicos punitivos.

No entanto, em que pese a redação do art. 37, § 4º da Magna Carta, a sistemática de repressão à improbidade segue sendo condicionada pelo *ne bis in idem*, pelo devido processo legal e pelos princípios democráticos. A independência entre instâncias no regime de improbidade não significa que se deva permitir arbitrariedades ou supressões de direitos fundamentais. O constituinte valorizou a autonomia entre as instâncias punitivas dos atos ímprobos, mas não disse que o princípio da proporcionalidade seria desprezado, e esse é a base do *ne bis in idem*.

Assim, devidamente elucidadas as peculiaridades da aplicação do *ne bis in idem* na esfera da improbidade, ressalta-se a sua dimensão constitucional e de cláusula pétrea, razão pela qual não pode este princípio ser ignorado, nem mesmo nessa particular seara. O Ministério Público, enquanto autoridade competente para ajuizar ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes administrativos, deve velar pela unidade de sua atuação, em resguardo à devida coerência e harmonia no enfoque penal ou administrativo da matéria (OSÓRIO, 2022, p. 369-370).

---

atingir as finalidades preventivas e retributivas da sanção. Assim, para além de critérios a serem utilizados na aplicação judicial das sanções, o *ne bis in idem* deve fazer parte de uma política legislativa que integre os dois sistemas sancionadores (penal e administrativo) a fim de que, desde a raiz das leis punitivas, sejam levadas em consideração as diferentes formas de resposta punitiva estatal a determinado fato, à luz da proporcionalidade. O aspecto político-legislativo não foi objeto de análise do presente trabalho, contudo, é imprescindível mencionar a proposta de Costa, a qual, sem dúvida, possui especial importância no debate sobre o *ne bis in idem* entre distintas instâncias punitivas. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 225 e ss.

Nessa toada, sustenta-se que, no domínio do *jus puniendi estatal*, o direito penal e o direito administrativo sancionador devem se comprometer juridicamente e politicamente com os valores de coesão, racionalidade e unidade do ordenamento normativo, bem como com o fortalecimento do diálogo interinstitucional, a fim de que sejam efetivados importantes direitos e garantias individuais de caráter constitucional, tais como o próprio *ne bis in idem*.

Desse modo, por vários ângulos, o princípio do *ne bis in idem* ostenta funcionalidade geral nos processos punitivos, promovendo uma interface entre direito penal e administrativo sancionador. Essa funcionalidade aponta uma regra geral de prevalência do Direito Penal, haja vista que, à medida que representa alternativa mais gravosa aos direitos dos acusados, por ser a *ultima ratio*, esse ramo jurídico também contempla maiores instrumentos de proteção aos direitos fundamentais ameaçados pela pretensão punitiva do Estado. Está-se diante do direito fundamental à aplicação funcional da norma penal, que decorre do *status* constitucional diferenciado atribuído ao Direito Criminal. Esses aspectos parecem ter sido devidamente observados pelo legislador no momento da redação do § 4º do art. 21, introduzido pela Lei 14.230/2021.

Assim, num contexto de primazia do Direito Penal, é essencial a harmonização entre as instâncias a partir de critérios racionais e justos. Com a revitalização do princípio do *ne bis in idem* a incidir em um Direito Punitivo multifacetado, é possível frear a expansão indefinida e desmedida de processos punitivos pelos mesmos fatos, sujeitos e fundamentos, fenômeno que acaba por gerar sobrecarga acusatória aos acusados, sob a justificativa de supostamente reduzir índices de impunidade (OSÓRIO, 2022, p. 363-364).

Em consideração ao exposto anteriormente, fica clara a importância do *ne bis in idem*, não apenas do ponto de vista garantista do indivíduo, mas também sob o ponto de vista do Estado, uma vez que a existência de procedimentos múltiplos por um mesmo fato é disfuncional e pode gerar decisões contraditórias e paradoxais, comprometendo a harmonia entre os poderes e a segurança jurídica. Além disso, se estaria diante de um custo desnecessário por parte do Estado em prol de uma finalidade (repressiva e/ou pedagógica) que poderia ser cumprida com apenas um dos processos sancionatórios, o que estaria em inobservância, também, ao princípio da eficiência<sup>42</sup> que rege a administração pública (COSTA, 2013, p. 213).

---

<sup>42</sup> O princípio da eficiência orienta a Administração Pública a otimizar seus resultados, com o menor custo estatal possível, mas mantendo a qualidade e celeridade. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de

De um modo ou de outro, adverte Osório (2022, p. 363) que

adentrar o terreno das dimensões e potencialidades do princípio jurídico que proíbe o *bis in idem*, sua fundamentação constitucional, seu alcance, seus limites, sua aplicabilidade prática, constitui desafio permanente e ato de ousadia, seja doutrinária, seja jurisprudencial, porque não há dúvida de que se trata de terreno pantanoso, rodeado de área movediça, onde os atores devem mover-se cuidadosamente, prestando atenção aos detalhes e as consequências de cada passo tomado.

Por derradeiro, em que pese a dificuldade de identificar e sistematizar o princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador ordinário trouxe, com a redação do § 4º do art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, uma ponderosa manifestação do *ne bis in idem* entre distintas esferas sancionadoras e, nesse mesmo seguimento, uma expressão legislativa da mitigação do tradicional princípio da autonomia entre as instâncias. Assim, a Nova Lei de Improbidade Administrativa está em consonância, de um lado, com a necessária observância do primado da proporcionalidade e das demais garantias processuais atinentes ao processo punitivo e, de outro, com os valores de coerência e racionalidade no exercício do *ius puniendi*, em respeito à segurança jurídica e à coisa julgada. Eis as funcionalidades constitucionais do *ne bis in idem*.

---

alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Ed. Forense. 2020, p. 250.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o expandido, passa-se a tecer algumas considerações acerca da temática sobra a qual a pesquisa se debruçou, contemplando as indagações semeadas ao início do presente trabalho.

No que tange ao primeiro questionamento suscitado (“A Lei 14.230/2021 ampliou as garantias processuais dos acusados de improbidade administrativa?”), a partir da análise perquirida, confirmou-se a hipótese de que Nova Lei de Improbidade Administrativa confere maiores garantias processuais ao réu ao longo de toda a sua nova redação, especialmente com a previsão expressa de sujeição da sistemática de responsabilização por improbidade administrativa aos princípios que regem o direito administrativo sancionador, consoante o art. 1º, § 4º da Lei 8.429/1992.

Conforme elucidado anteriormente, o ramo jurídico do direito administrativo sancionador guarda consideráveis semelhanças com o direito penal, na medida em que possui caráter evidentemente repressivo, que extrapola a mera pretensão ressarcitória ao erário (embora essa pretensão também se faça presente dentre os objetivos da ação de improbidade administrativa). Assim, em uma lógica de proporcionalidade, quanto maior o potencial de determinado regime jurídico em impactar os direitos fundamentais do acusado, tanto maior deve ser o conjunto de garantias materiais e processuais a serem postas à sua disposição. Por isso, o direito administrativo sancionador deve incorporar alguns conceitos e diretrizes do direito penal, fenômeno já aceito pela jurisprudência internacional, notadamente a europeia.

Nesse ponto, a nova redação da LIA facilitou a interpretação normativa à luz do garantismo processual tradicionalmente associado ao direito penal, de onde se extraem relevantes princípios a orientarem a aplicação da norma sancionadora, tais como os princípios da legalidade em sentido estrito, presunção da inocência, retroatividade da norma mais benéfica, individualização das sanções, proporcionalidade, razoabilidade e, evidentemente, o princípio do *ne bis in idem*, sobre o qual se optou por atribuir maior enfoque para fins desse estudo.

Nesse particular, obteve-se a resposta ao segundo questionamento levantado (“As alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa trouxeram novas manifestações da garantia do *ne bis in idem* entre esferas sancionadoras distintas no ordenamento jurídico brasileiro?”), no sentido de que a nova redação da Lei 8.429/1992 consagrou o princípio do *ne*

*bis in idem* em seu art. 21, que contém normas para a aplicação das sanções dispostas na referida lei.

A vedação ao *ne bis in idem*, além de estar prevista na Lei 8.429/1992 de maneira explícita no tocante à sua vertente material, por exemplo, em relação às sanções atribuídas pela Lei Anticorrupção aos mesmos fatos também reprovados na LIA (art. 12, § 7º), também manifesta sua dimensão processual de forma implícita na LIA, mormente no § 4º do seu art. 21. A vedação à múltipla persecução processual pelo mesmo fato demonstra especial importância em matéria de direito punitivo, pois expande seu âmbito de operatividade para além da garantia atinente ao *ne bis in idem* material e detém estreita relação (em sentido contraposto) com o princípio da independência entre instâncias punitivas.

A redação conferida ao art. 21, § 4º demonstra a preocupação do legislador em aclarar que o princípio da independência entre as instâncias não deve ser interpretado de maneira absoluta, especialmente quando se está em jogo a incidência de distintas esferas de caráter essencialmente repressivo sobre um mesmo indivíduo, em razão de um mesmo fato ilícito. Neste desiderato, a Lei 14.230/2021 inova ao aumentar a abrangência das possibilidades de comunicação da esfera penal à esfera da improbidade, por meio da ampliação do efeito vinculante da sentença penal absolutória, de modo a promover uma relativização do princípio da autonomia das instâncias. Aqui, exsurge a resposta afirmativa ao terceiro questionamento lançado ao início do estudo (“A tradicional autonomia entre as instâncias punitivas da improbidade administrativa foi mitigada pelas disposições introduzidas pela Lei 14.230/2021?”).

Desta feita, pode-se concluir que se está diante de uma mudança paradigmática no tratamento dado à improbidade administrativa, na medida em que, enquanto antes vigorava o princípio da autonomia das instâncias – sobretudo em razão da disposição consubstanciada no art. 37, § 4º da CF/88 –, hoje esse princípio é mitigado pela necessidade de limitação do poder punitivo estatal, tendo em vista as diversas lacunas e ambiguidades da antiga redação da LIA, que geraram um grande volume de ações punitivas, acompanhadas da supressão de garantias processuais fundamentais que, por não estarem expressamente previstas na normativa aplicável, eram ignoradas pelos operadores do direito.

Nesse contexto, evidencia-se a importância da cláusula constitucional do *ne bis in idem*, presente implicitamente na Constituição Federal de 1988 – porquanto umbilicalmente atrelada ao postulado do devido processo legal – e disposta expressamente em diversas normativas internacionais de defesa dos direitos humanos. No entanto, para averiguar as suas

implicações, reflexos, limitações e potencialidades, faz-se necessário proceder a processos interpretativos complexos, que incluem ponderações racionais de valores, princípios e disposições normativas, o que talvez seja a razão pela qual os estudiosos do direito não costumam arriscar se debruçar sobre o tema.

A propósito, o que se constatou, de maneira precípua, é a dupla funcionalidade do princípio do *ne bis in idem*.

Do ponto de vista de indivíduo, esse primado opera como uma garantia material e processual fundamental, que exige a observância de valores como a proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e intangibilidade da coisa julgada nos processos punitivos.

De outro giro, sob o ponto de vista do Estado, o *ne bis in idem* promove a coerência, a harmonia e a coesão entre as diversas manifestações do *ius puniendi*, auxiliando a busca por uma maior racionalidade jurídica na resposta punitiva e, ainda, atendendo ao princípio da eficiência que deve reger a atuação estatal.

O presente trabalho, conforme anteriormente aludido, não pretendeu exaurir todos os incontáveis aspectos atinentes ao princípio *ne bis in idem*, mas sim abordar seus principais desdobramentos e contribuir para o crescimento do tema no ambiente acadêmico, haja vista a necessidade de um desenvolvimento normativo dessa importante cláusula constitucional, que carece de estudos mais detalhados acerca de suas potencialidades e limitações.

Não obstante a necessidade de a doutrina e a jurisprudência nacional se repousarem de forma mais arraigada sobre o tema do *ne bis in idem* entre distintas instâncias punitivas, as inovações legislativas trazidas pela Lei 14.230/2021, sem dúvidas, representam um importante pontapé inicial para o desenvolvimento da temática sob a ótica da realidade jurídica brasileira, na medida em que fomentou o principiante debate acerca da multiplicidade sancionatória a qual o Estado ostenta e, ainda, demonstrou um posicionamento inovador quanto ao princípio da independência entre as instâncias, ao ampliar as possibilidades de comunicação entre esferas penal e administrativa, por meio da introdução do art. 21, § 4º à Lei 8.429/1992.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: *ne bis in idem* e proporcionalidade**. 2021. 344 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande do Sul, 2021.

BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes. **Manual de Derecho Administrativo Sancionador**. Narrava: Aranzadi, SA, 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **REsp 704.570/SP**, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 17/05/2007, publicado em 04/06/2007. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200401511945&dt\\_publicacao=04/06/2007](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401511945&dt_publicacao=04/06/2007). Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **REsp 879.360/SP**, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 17/06/2008, publicado em 11/09/2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200601867102&dt\\_publicacao=11/09/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601867102&dt_publicacao=11/09/2008). Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **REsp 885.836/MG**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 26/06/2007, publicado em 02/08/2007. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200601560180&dt\\_publicacao=02/08/2007](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601560180&dt_publicacao=02/08/2007). Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **MS nº 12.927/DF**, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/12/2007, publicado em 12/12/2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200701488568&dt\\_publicacao=12/02/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701488568&dt_publicacao=12/02/2008). Disponível em: 21 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **MS nº 12.957/DF**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/08/2009, publicado em 26/9/2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200701603536&dt\\_publicacao=26/09/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701603536&dt_publicacao=26/09/2008). Disponível em: 21 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **HC nº 86606/MS**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 03 de agosto de 2007. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:2007-05-22;86606-2320717>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Reclamação Constitucional 41557/SP**. Reclamante: Fernando Capez. Reclamado: Juiz Federal da 12ª Vara Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934358>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema n 576 - Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92**. Leading case: Recurso Extraordinário 976566. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 26 de setembro de 2019. Brasília: DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341264969&ext=.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html). Acesso em: 10 maio 2022.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Lei 8.429/92 e seus aspectos polêmicos. **Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina**, Florianópolis, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Traduzido por José Antonio Cardinali. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Lei de Improbidade Comentada: Atualizada com a Lei nº 14.230/2021**. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

CAVALCANTI, Fabrício José. **A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

CHILE. **Sentencia do Tribunal Constitucional do Chile**. Rol nº 244, de 28 de agosto de 1996. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=244-96>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Abdulkali Oztürk contra República Federativa da Alemanha**. Application n. 8544/79. Relatório da Comissão Europeia de Direitos Humanos de 12 de maio de 1982. Estraburgo, França, 1982.

CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de “*ne bis in idem*” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, nº 66, pp. 9-52, maio/jun. 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. **Estudos de direito público**, n. 1, 2009.

CRETILLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*. **Revista española de derecho administrativo**, nº 10, 1976, pps. 399-430. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/81650>. Acesso em: 20 abr 2022.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 2. ed. Civitas: Madrid, 1982.

ESPANHA. **Sentencia do Tribunal Constitucional Espanhol**. STC nº 159/1985, de 27 de dezembro de 1985. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>. Acesso em: 21 maio 2022.

ESPANHA. **Sentencia do Tribunal Constitucional Espanhol**. STC nº 2/1981, de 30 de janeiro de 1981 Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>. Acesso em: 21 maio 2022.

ESPANHA. **Sentencia do Tribunal Constitucional Espanhol**: STC nº 77/1983, de 3 de outubro de 1983. Disponível em: <https://vlex.es/vid/1-25-b-c-24-d-2-3-15034746>. Acesso em: 20 fev. 2022.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato. **International Journal of Digital Law (IJDL)**, Belo Horizonte, ano 2, n.1, jan./abr. 2021, p. 151-198.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/1992, com as alterações ds Lei 14.230/2021**. 5. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 66, out./dez. 2017, pp. 29-82. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-66/pags-29-82>. Acesso em: 11 fev. 2022.

GOLSCHMIDT, Fábio Brum. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Ed. Noeses, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti *et al.* **Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. Coord.: José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

GUARAGNI, Fábio André. **A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal**. In: Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores. DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pps. 01-29.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, jan./dez. 2014, pps. 773- 793.

HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 mar. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/12/lei-mais-benefica-no-direito-administrativo-sancionador-e-a-reforma-de-lei-de-improbidade.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Garlsson Real Estate SA, em liquidação, Stefano Ricucci, Magiste International AS x Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CORSOB)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Processo C-537/16, julgado em 20 de março de 2018. Acórdão publicado em 14 de maio de 2018. Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2018.166.01.0012.01.POR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2018.166.01.0012.01.POR). Acesso em: 22 maio 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LORENZO, Susana. **Sanciones Administrativas**. Montevideo: Júlio César Faira, 1996.

MARTINES, Fernando. **Em uma década, condenações por improbidade somam R\$ 3,2 bilhões**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/10-anos-condenacoes-improbidade-somam-32-bilhoes>. Acesso em: 12 maio 2022

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2020.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, pps. 25-57, out/dez. 2005.

MENDONÇA JÚNIOR, Eteócles Brito; LIMA, Ricardo Alves de. *Ne bis in idem* penal, processual e na sanção administrativa. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 99-142, 2021.

MOTTA, Fabrício. NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar Social: origens e desenvolvimento. **Revista Katálisis**, núm. 5, jul-dez, 2001, pp. 89-103

NIETO, Alejandro García. **Derecho administrativo sancionador**. 2ª ed. ampl. Madrid: Tecnos, 1994.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. IBCCRIM, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Setembro/2018 (Texto para Discussão nº 251). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 02 mar. 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público**, ano 22, n. 120. Belo Horizonte: 2020, p. 83 e ss

OSÓRIO, Fábio Medina. **A nova Lei de Improbidade Administrativa**. Top Lawyers, fev. 2022. Disponível em: <https://www.fabiomedinaosorio.com.br/fabio-medina-osorio-para-o-top-lawyers-do-migalhas-juridicas-a-nova-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 23 maio 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PRADO, Luis Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019.

REALE JUNIOR, Miguel. **Ilícito administrativo e o ius puniendi geral**. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 93-100.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 798, pp. 23-50, 2002.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na UE: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista da Defesa da Concorrência (RDC/CADE)**, v. 2, nº 2, novembro de 2014, pp. 5-22.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, n. 195, 2014, Madrid: Universidad de Madrid. pps. 135-167.

SOUSA, Wildson de Almeida Oliveira. **Poder administrativo sancionador do Estado: discussão do princípio bis in idem pela interface com o direito administrativo e o direito penal**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.

SOUZA, Jorge Munhoz de. **Responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). **Lei anticorrupção**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEDH. **Case of Grande Stevens v. Italy** (Application n. 18640/10). Julgado em 07 de julho de 2014. Estraburgo, França, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3pDdWBA>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

TEDH. **Case of Franz Fischer v. Austria** (Application n. 37.950/91). Julgado em 29 de maio de 2001. Estraburgo, França, 2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-59475>. Acesso em: 16 abr. 2022.

TEDH. **Sentencia 8544/79, Caso Oztürk**. Julgado em 21 de fevereiro de 1984. Estraburgo, França, 1984. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57552%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57552%22]}). Tradução: José María Tejera Victory. Acesso em: 21 maio 2022.

TJUE. **Caso Garlsson Real State x CONSOB**, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3gaQhVP>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

TOMILLO, Manuel Gomez; RUBIALES, Íñigo Sanz. **Derecho administrativo sancionador: Parte general**. Cizur Menor. Aranzadi, 2010.

VÁZQUEZ, Ramón Parada. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. **Revista de Administración Pública**, n. 67, 1972, pps 41-94. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111364>. Acesso em: 21 fev. 2022.