

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 45 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2021

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



Newton

O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E AS NORMAS JURÍDICAS DE NATUREZA SANCIONATÓRIA

THE *NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE AND THE LEGAL STANDARDS OF SANCTIONATORY NATURE

Clovis Begnos¹

Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli²

RESUMO: O presente estudo, longe de pretender exaurir o tema, o que demandaria muito mais que um artigo, objetiva analisar o *bis in idem* e a proibição quanto à imposição de sanções pertinentes ao mesmo pressuposto fático, a fim de que seja observado o princípio do *ne bis in idem*, que consubstancia uma garantia constitucional do acusado; o artigo coloca o problema sancionatório, em provocação a futuro desenvolvimento acadêmico. Isto porque, tendo em conta a competência sancionatória administrativa de todas as Pessoas Políticas de nosso Sistema Federativo e considerando que, muitas vezes, leis de cunho nacional, prescritivas de sanções, ostentam, como pressuposto punitivo, o mesmo e único fato, sem uniformidade sancionatória, surge a dúvida acerca da possibilidade da aplicação de várias sanções pelo mesmo fato e quando tal ocorrência configuraria ilícito, caracterizando a duplicidade punitiva vedada pelo Ordenamento Jurídico. Analisa-se a questão colocada, a partir de premissas teóricas do “constructivismo lógico-semântico” e de normas jurídicas que estabelecem a unicidade do sistema, independência [relativa] entre as instâncias, diversos sistemas punitivos, dever de observância ao princípio da proporcionalidade; apresenta-se quais fatores deverão ser levados em consideração, pelo aplicador do direito, para fins de constatação do *bis in idem* ou da presença de circunstâncias relevantes quando da fixação de penalidades. Utilizou-se o método dedutivo no estudo, mediante a constatação de premissas obtidas na pesquisa da literatura sobre o tema sancionatório, frente ao direito posto, sem incursão jurisprudencial sobre o objeto último da presente proposta de estudo, ainda porque a pesquisa, cuja provocação se pretende, ostenta aspecto inaugural, e ainda não tratado pelas nossas Cortes Julgadoras. Concluiu-se que os diversos sistemas de responsabilização podem se comunicar e que poderá haver *bin in idem* nos casos em que um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que, quando apreciados por uma instância, podem se comunicar para outra; concluiu-se, ainda, que as sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, se não for o caso de reconhecimento de *bis in idem*, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: independência das instâncias; *ne bis in idem*; proporcionalidade.

ABSTRACT: The current study, far from exhausting the subject, that would require more than an article, aims to analyze *bis in idem* and the prohibition on the imposition of sanctions relevant to the same factual assumption, in order to realize the principle of *ne bis in idem*, which constitutes a constitutional guarantee for the accused; the article presents sanctioning problem, as a provocation to future academic development. Because, considering administrative sanctioning competence of all Political Entities from our Federative System and also considering that, several times, national laws that imposes sanctions, bear, as a punitive assumption, the same and only fact, without sanctioning consistency, arises the doubt to whether it may be possible to apply several penalties for the same fact and whether it would configure illicit, that characterize punitive duplicity, forbidden by Legal System.

The deductive method was used in this study, by verifying the assumptions obtained to researching the literature on the sanctioning subject, in view of the established law, without incurring in case law on the ultimate object of the present study proposal, also because the research, whose provocation is intended, has an inaugural aspect, and not yet treated by our Judging Courts. It was concluded that the various accountability systems can communicate and that there may be *bis in idem* in cases where a given subject is prosecuted or penalized (a) more than once, (b) for the same fact, (c) violating laws that protect equivalent or similar legal assets and (d) that contain elements provided in the type that, when appreciated by one instance, can communicate to another; it was also concluded that the sanctions applied by the State to a particular individual, in the exercise of part of its respective competence, in view of the same fact, if it is not the case of acknowledge of *bis in idem*, must be considered for the purpose of fixing other penalties, in compliance with the principle of proportionality.

Keywords: independence of the instances; *ne bis in idem*; proportionality.

¹ Doutoranda em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora em estágio docente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no curso de graduação em Direito Administrativo. Professora de cursos de especialização. Advogada.

² Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que a atividade sancionatória encontra limites no ordenamento jurídico, seja na Constituição da República, que arrola uma série de direitos e garantias fundamentais que restringem a aplicação de penalidades, seja na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, e apenas a título de ilustração, a Constituição da República dispõe que ninguém será submetido a tortura e a tratamento degradante (art. 50, inciso III); que não é possível a estipulação de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados; de banimento e cruéis (art. 5, inciso XLVII, alíneas “a” a “e”).

Regras e princípios, implícitos e explícitos, norteiam e demarcam o regime jurídico sancionador: excluem a ilicitude de comportamentos (como, por exemplo, as regras que tratam da legítima defesa, do estado de necessidade, da inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras); extinguem a punibilidade do agente (a prescrição do ilícito, por exemplo); balizam, em nome da segurança jurídica e do princípio da proporcionalidade, as penalidades a serem aplicadas.

Dentre os princípios que disciplinam a atividade sancionatória, incide o princípio do *ne bis in idem*, que impede que alguém seja processado ou condenado duas ou mais vezes pelo mesmo fato.

Diante dessas considerações, coloca-se a seguinte questão: como observar o *ne bis in idem* sem desprezar a independência entre as instâncias, tendo em vista a existência de diversos diplomas jurídicos sancionadores, os quais, muitas vezes, resguardam os mesmos bens jurídicos?

O tema possui relevância na medida em que uma mesma conduta pode violar normas jurídicas diferentes, que tutelam bens jurídicos idênticos, semelhantes ou até mesmo diversos, vindo a acarretar sanções que, em alguns casos, podem ser até da mesma natureza (por exemplo, quando houver a aplicação de mais de uma sanção por órgãos administrativos diferentes, pertencentes ao mesmo ente federado). Daí decorre a importância de estudarmos o fenômeno da aplicação das normas sancionadoras, à luz das premissas acima mencionadas, de modo a delimitar a incidência da norma punitiva³, para afastar a dupla punição [ou, no mínimo, o seu excesso] diante de um mesmo fato.

Procuramos responder à indagação mediante a utilização do método dedutivo, analisando, primeiramente, a estrutura das normas jurídicas de natureza sancionatória para, logo após, apresentarmos o conceito, alcance e extensão do *ne bis in idem*; por fim, apresentamos em que circunstâncias deve ser reconhecida a comunicabilidade dos diferentes sistemas de responsabilização para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

2 A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA E SUAS RESPECTIVAS SANÇÕES

O Direito tem por finalidade regular comportamentos sociais de forma coativa, proporcionando aos seres humanos segurança jurídica. E assim o faz por meio de normas jurídicas, que nada mais são do que unidades do sistema que impõem condutas, enlaçando

3 Segundo Paulo de Barros Carvalho, “a chamada Incidência Jurídica se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido hic et nunc, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. “Preâmbulo”, p. 9).

determinada consequência à realização de um fato.

Paulo de Barros Carvalho, ao tratar da estrutura da norma jurídica, leciona:

A hipótese refere-se a um fato de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que vai se instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto normativo.⁴

O referido autor, adotando as lições de Lourival Vilanova, conclui que a norma jurídica, em sua completude, tem feição dúplici, sendo composta pela norma primária e secundária. A norma primária é a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; a secundária é a que prescreve uma providência sancionatória a ser aplicada pelo Estado-juiz em caso de descumprimento da conduta estipulada na norma primária⁵. Portanto, a norma secundária só pode decorrer de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica, qual seja, a jurisdicional.

Assim, quando a norma jurídica impõe uma determinada conduta (permissiva, proibida ou obrigatória) e esta não é observada, surge ao Estado o dever de impor a correspondente sanção⁶, pois, no Estado de Direito, todos – inclusive o próprio Estado – devem obediência às normas estabelecidas.

A sanção, por sua vez, pode ser compreendida, em sentido amplo, como sendo a resposta do ordenamento jurídico à uma infração cometida, razão pela qual se pode afirmar, ainda com base nas lições desse autor, que não existem regras jurídicas sem sanções⁷.

Nesse sentido a lição de Kelsen:

Já num outro contexto fizemos notar que, quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas. Isto vale particularmente para a hipótese em que um ordenamento normativo - como o ordenamento jurídico - prescreve uma determinada conduta pelo fato de ligar à conduta oposta um ato coercitivo a título de sanção, de tal forma que uma conduta somente se pode considerar como prescrita, nos termos desse ordenamento - e, portanto, no caso do ordenamento jurídico, como juridicamente prescrita, se a conduta oposta é pressuposto de uma sanção.⁸

A sanção, para que seja imposta de forma coativa, obrigando os indivíduos a respeitá-la, observando os limites da coisa julgada da instância em que for proferida, impõe a instauração de um processo sancionador, pela autoridade estatal competente, com o objetivo de verificar se o sujeito que está sendo acusado de desrespeitar uma dada norma jurídica deixou, de fato, de observá-la, se este possui condições de ser responsabilizado e qual seria a penalidade cabível.

Referido processo, que pode ser administrativo ou judicial [de natureza cível, penal, dentre outras] deve observar inúmeras garantias previstas na Constituição da República e nas leis editadas pelos entes federados, como, por exemplo, a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a proporcionalidade, que consubstanciam e conformam, afinal, o “devido processo

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 2.8.5. posição 3820.

5 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 2.8.5. posição 3836.

6 A sanção, segundo Bobbio, pode ser definida “como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias (...)”; é uma “resposta à violação”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133).

7 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

8 KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito* Tradução por João Baptista Machado. 6.ed., 3. Tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 39.

legal” previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, sob pena de nulidade.

Dentre as diversas garantias processuais existentes, interessa ao presente estudo analisar o princípio do *ne bis in idem*, que, de forma sintética, pode ser conceituado como a proibição de o Estado [que é uno] punir um mesmo sujeito por mais de uma vez pela prática de um mesmo fato.

3 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E A APLICAÇÃO DAS NORMAS SANCIONADORAS

Inviável se revela o tratamento do princípio, sem uma referência à sua denominação, uma vez que a nomenclatura que se costuma atribuir ao princípio: “*non bis in idem*” reflete errônea, a demonstrar a falta que se evidencia da supressão da língua latina do conjunto didático dos bancos escolares.

Imprescindível também, ao estudo do tema, é a incursão à magnífica tese de doutoramento de Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, denominada: “Dimensões do princípio do *ne bis in idem*”, defendida na Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2012.⁹

Nela, apoiada em substancial doutrina, afirma a autora que o advérbio de negação gramaticalmente correto, usado no latim, como expressão de ordem, ou proibição, consiste na partícula *ne*, que representa a forma negativa do imperativo, manifestada no presente do subjuntivo. Nesse sentido, com apoio em RUEDA Mercedes, afirma “que o modo negativo do imperativo em latim expressa-se pelo modo subjuntivo precedido da partícula *ne*, não se deve utilizar a partícula *non* em expressões proibitivas, como a que decorre, por exemplo, do princípio em estudo”.¹⁰

Destarte, tornando expressa nossa adesão à denominação do princípio, de *ne bis in idem*, faremos referência, no presente estudo, a autores que o denominam de *non bis in idem*, mantendo, contudo, a nomenclatura original por eles utilizada em suas produções científicas, com a ressalva que agora se faz.

O princípio do “*non bis in idem*”, de acordo com Fábio Medina Osório¹¹, está intimamente ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade, cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico. Em nosso sistema, afirma o autor, ele está implícito¹² na Constituição de 1988, conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e também ao devido processo legal.

Vale referir, todavia, que Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, em outra incursão jurídica, na pesquisa de sua dissertação de mestrado, ao tratar do princípio do *ne bis in idem*, refere a impossibilidade de precisar-se, com exatidão, o momento do surgimento dessa expressão, anotando que para substancial parcela da doutrina, seu surgimento, adveio como consequência derivada do instituto da coisa julgada, remontando ao direito romano,

9 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Dimensões do Princípio do Ne Bis in Idem*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6436. Acesso em: 10 fev. 2021.

10 RUEDA, Mercedes Rueda. El tratamientode la Negacion em las gramáticas latinas. *Revista Contexto*, n. 29-30, 1997, p.109-134. *Revista del Centro de Estudios Metodológicos e Interdisciplinares*. Disponível em: em: 02 abr. 2011.

11 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 291-292.

12 Riccardo Guastini, ao tratar dos princípios não expressos no ordenamento, observa que eles são deduzidos pelo intérprete sem que estes se comportem como legisladores. Eles podem ser extraídos de normas singulares, de um conjunto de normas ou do ordenamento como um todo. Nas palavras do autor: “Deduz-se um princípio de uma norma singular toda vez que se supõe uma *ratio*, a saber, uma meta que a norma é dirigida a visar, ou um valor do qual a norma é justificada. (...) construir um princípio consiste simplesmente em aventar uma conjectura em torno das razões (dos objetivos, das intenções, dos valores) do legislador. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução por Edson Bini - Apresentação: Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 193-194).

decorrente do caráter preclusivo do processo, a partir da *litis contestatio*, e utilizado para resolver eventual conflito consequente, e possível concorrência de ações.

Anota a autora, que segundo parte da doutrina, o princípio teria origem no direito grego, na arte da *Retórica dos Áticos*.¹³

Entre os anos de 123-122 antes de Cristo, o princípio *ne bis in idem* tornou-se expresso na Lex Repetundarum, fixando o preceito de que a sentença poria termo ao processo, não se admitindo ação nova sobre os mesmos fatos, ainda que derivada a sentença de erro, desde que cumpridos seus preceitos formais.

Refere também a autora a permanência desse princípio mesmo após a queda do Império Romano, até o início do Século XIII, quando surge um novo tipo de processo, o inquisitivo, durante o qual o princípio deixou de ostentar repercussões práticas, eis que esse tipo de processo buscava a verdade material, a qualquer custo.

Foi com a Revolução Francesa que o princípio foi alçado ao nível constitucional, com a sua inserção no artigo 9º da Constituição Francesa de 1791, sendo igualmente reconhecido, no *Code des délits et des peines*, conhecido como Código de Brumário e o *Code d'instruction Criminelle* de 1808.

Além disso, refere esse estudo um ponto muito significativo na evolução histórica do princípio, consistente no reconhecimento jurídico em 1887, na 5ª Emenda da Constituição Americana, preconizando que “ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa”- “(...) nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.¹⁴

Conforme já mencionamos anteriormente, esse princípio traduz a ideia de que um dado sujeito não pode ser processado ou condenado mais de uma vez por um mesmo fato.

Ocorre que, no sistema jurídico brasileiro, cada vez mais observamos a existência de novos diplomas jurídicos sancionadores, protegendo os mesmos bens jurídicos, como, por exemplo, os que tutelam valores como os da probidade administrativa, podendo integrar, inclusive, sistemas de responsabilidade afetos a instâncias diferentes.

José Roberto Pimenta¹⁵, ao tratar dos sistemas de responsabilidade, os conceitua como sendo

(...) o conjunto de normas jurídicas que delineiam, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas para o sujeito infrator e/ou terceiros, levando-se em conta a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa.

O autor traz, ainda, uma classificação importante para tratar da natureza do ilícito, considerando as esferas autônomas de responsabilidade, não sem antes esclarecer que todas as esferas de responsabilidade encontram o seu fundamento de validade na Constituição da República¹⁶.

13 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006, p. 38 *apud* VILLALBA, Francisco Xavier de León in *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido e Alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

14 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006, p.129-133. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13875>. Acesso em: 10 fev. 2021.

15 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 82.

16 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

De acordo com o José Roberto Pimenta¹⁷, os sistemas de responsabilização podem ser divididos em: (i) responsabilidade por ilícito civil (art. 37, §6º); (ii) responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, I); (iii) responsabilidade pelo ilícito eleitoral (art. 14 e 22, inciso I); (iv) responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, inciso VIII); (v) responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, §4º); (vi) responsabilidade político-constitucional, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade (arts. 29-A, §§2º e 3º; 50; 52, I, II; 58; 96, III; 102, I, “c”; 105, I, “a” e 108, I, “a”); (vii) responsabilidade político-legislativa (art. 55); (viii) responsabilidade administrativa, incidente sobre os titulares de cargo, função e emprego público (art. 41, §1º, II), sobre os contratados (art. 37, inciso IX) e sobre os ocupantes de empregos governamentais em pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta (art. 173, §1º, II).

Assim, considerando a existência de vários sistemas punitivos, não é difícil constatar que um sujeito pode ser processado e responsabilizado, simultaneamente, pela mesma conduta em diferentes esferas e instâncias.

É o que ocorre, por exemplo, com um servidor público que pratica um ato ilegal em benefício próprio ou de terceiros (v. g. fraude em registro de ponto para a obtenção de horas extras, dispensa irregular de processo licitatório, dentre outros), fato que pode ocasionar, ao menos em tese, responsabilidade civil, administrativa, criminal e por ato de improbidade administrativa.

Entretanto, afigura-nos evidente que a aplicação de todas essas sanções – simultaneamente ou não – ao infrator pela prática de um mesmo fato seria, no mínimo, uma resposta desproporcional por parte do Estado à conduta praticada.

Não foi por outra razão, senão para evitar o excesso punitivo, que a Lei Federal nº 13.655/2018, ao introduzir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB estabeleceu, no §3º do artigo 22 que “As sanções aplicadas ao agente e ao mesmo fato serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

No mesmo sentido, já haviam se posicionado Floriano Azevedo Marques, um dos autores da proposta de referida lei, e Rafael Vêras, que afirmam que o dispositivo em questão foi introduzido para minimizar os efeitos do *bis in idem* para os administrados, já que este ocorre normalmente^{18 19}.

Entretanto, muitos doutrinadores afirmam que o dispositivo em questão teria positivado o *bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro, ao admitir a aplicação de penalidades da mesma natureza, decorrentes do mesmo fato, ao agente público.²⁰

Contudo, esse posicionamento, de que o §3º do artigo 22 da LINDB teria legitimado o *bis in idem*, só poderia ser construído se essa norma fosse interpretada de forma isolada e não inserida em um sistema, sobretudo porque, em se tratando de imposição de sanções, nosso ordenamento jurídico conta com vários sistemas punitivos, especialmente em relação aos agentes públicos.

17 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

18 Os autores citam, a título de exemplificação, o artigo 125 da lei no 8.112/90, que dispõe: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

19 MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. o Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinioao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

20 BERARDO, José Carlos. *O Brasil oficializou o “bis in idem” e todo mundo está quieto*. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de junho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto. Acesso em: 24 out. 2019.

Desse modo, valendo-nos das lições de Paulo de Barros Carvalho, “o conhecimento de qualquer das unidades normativas pressupõe contato com a totalidade do conjunto”, sendo um despropósito procurar o teor significativo de uma regra de direito nos estritos termos de sua configuração literal.²¹

Assim, se interpretarmos a norma em questão de forma sistemática, veríamos que ela jamais poderia legitimar o *bis in idem*. Ao contrário, ela o proíbe expressamente.

Primeiro porque, se a norma em questão foi introduzida justamente para dar maior segurança jurídica na criação e na aplicação do direito público, como ela poderia permitir a dupla condenação de um agente pelo mesmo fato? Se o dispositivo legal consagrasse a possibilidade de *bis in idem*, ele estaria contrariando a sua própria razão de existir, consoante consta da justificativa para a sua inserção no sistema jurídico, expressa na ementa da lei, o que seria uma contradição, já que o *bis in idem* ocasiona insegurança jurídica.

Segundo porque, sustentar esse posicionamento seria ignorar o fato de que, muitas vezes, a prática de um mesmo fato jurídico pode violar bens jurídicos [idênticos, semelhantes ou diferentes] protegidos por diferentes diplomas normativos, dando ensejo a formas diferentes de responsabilização.

A divergência em questão talvez exista em razão de eventual divergência quanto ao conceito de *bis in idem*, que, em nosso entendimento, seria penalizar um dado sujeito, mais de uma vez, por um *mesmo* fato, de forma a proteger o *mesmo* bem jurídico, com sanções da *mesma* natureza, dentro de um *mesmo* sistema de responsabilização. Nesses casos, ainda que exista mais de uma autoridade competente para exercer a competência sancionatória, o desempenho da função por parte de uma delas excluirá necessariamente a competência da outra para fins de responsabilização do agente.

Entretanto, admitimos a possibilidade de, em alguns casos, haver *bis in idem* mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização *diversos*, desde que seja reconhecida a ocorrência de *atos que possam, de alguma forma, se comunicar* entre as diferentes esferas de responsabilidade.

Portanto, concordamos com o Floriano Azevedo Marques e Rafael Vêras²² quando afirmam que o artigo 22 da Lei 13.655/2018 “reside num marco de evolução para o Direito Administrativo sancionador, e não de retrocesso”.

Logo, a aplicação de sanções a um mesmo sujeito, decorrentes de um mesmo fato [reprovável à luz do ordenamento], não pode (i) acarretar o *bis in idem* e (ii) ocasionar excesso de punição, ainda que as sanções a serem aplicadas pertençam a sistemas diferentes de responsabilização.

4 A (RELATIVA) INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS E A PROIBIÇÃO DE *BIS IN IDEM*

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese seja uno, consagrou o princípio da independência das instâncias, que decorre da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República, o que significa dizer que cada sistema punitivo pode exercer a sua parcela de competência, de acordo com os seus respectivos regramentos.

O Direito, enquanto sistema, possui traços e requisitos comuns pertinentes a todo o

21 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 1.1.5. posição 5638.

22 MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. O Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

sistema, independentemente do campo de aplicação²³. Entretanto, isso não significa que princípios específicos, pertencentes a ramos diferentes não devam ser observados, mesmo em face da unicidade do Direito, conforme alerta Paulo Ayres Barreto.²⁴

No mesmo sentido posiciona-se Flávio Henrique Unes Pereira²⁵, ao afirmar

A tese do poder punitivo único do Estado encontra seus fundamentos exatamente no fato de subsistirem, constitucionalmente, princípios que se irradiam tanto no ordenamento penal quanto no administrativo sancionador. Contudo, o reconhecimento do poder punitivo único do Estado não compromete as manifestações penal e administrativa desse poder, as quais, por meio de regimes jurídicos próprios, apresentarão suas peculiaridades e diferenças.

Partindo-se dessas premissas – unicidade do sistema, independência entre as instâncias, diversos sistemas punitivos, regimes jurídicos diferenciados entre os ramos do Direito –, indagamos: como compatibilizá-las com a proibição de *bis in idem*? Poderia o Estado, a pretexto de exercer as “parcelas de sua competência”, aplicar ao agente infrator múltiplas sanções diante do mesmo fato sem incidir na proibição do *bis in idem*?

Antes de enfrentarmos tais questões, cabem, aqui, algumas observações iniciais: (i) a independência entre as instâncias consagrada pelo ordenamento jurídico não é absoluta; (ii) a existência de *bis in idem* pode ocorrer, em alguns casos, mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização; (iii) o Estado não pode exercer o seu poder punitivo de maneira excessiva, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

No que diz respeito à independência entre as instâncias, não é novidade afirmar a sua relatividade, pois há tempos que a absolvição na instância penal pelo reconhecimento de negativa de autoria ou inexistência material do fato comunica-se para a esfera administrativa.

Portanto, considerando a unidade não apenas do sistema jurídico, mas do poder estatal para impor aos indivíduos de forma coercitiva a sanção, entendemos que, em alguns casos, a existência de *bin in idem* pode ocorrer mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização.

Assim, estaremos diante da figura do *bis in idem* quando um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardecem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que possam se comunicar, de alguma forma, entre os diferentes sistemas de responsabilização.

Imaginemos que o Poder Judiciário, ao julgar improcedente uma ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa em face de um servidor público, acusado de atuar de forma ímproba em procedimento licitatório, fundamentasse a sua decisão pela inexistência de qualquer ilegalidade no certame. Transitada em julgado essa decisão, poderia a autoridade administrativa, sob o fundamento de integrar outro sistema de responsabilização, pretender penalizar esse mesmo agente, pelo mesmo fato, alegando que houve ilegalidade naquele mesmo processo licitatório, quanto ao qual o Judiciário já reconheceu a legalidade? Evidente que, caso isso fosse possível estaríamos diante de uma grande incoerência, causadora de insegurança jurídica.

Assim, nesse exemplo acima mencionado, entendemos que o servidor apenas poderia

23 Sobre noção de sistema, ver BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e Sistema Jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014, p.251.

24 BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e Sistema Jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014, p.267.

25 PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.55.

ser responsabilizado administrativamente se subsistisse alguma infração remanescente, se fosse constatado que, por alguma razão, ele “deixou de agir com o devido zelo nas suas funções”²⁶. Contudo, em relação a suposta ilegalidade do processo licitatório, entendemos que o reconhecimento, pelo Judiciário, da lisura do procedimento, por constituir umas das premissas básicas para que houvesse a responsabilização do servidor, comunica-se para a instância administrativa.

Portanto, em alguns casos, quando houver preponderância de um sistema de responsabilização sobre o outro (a esfera judicial em relação à administrativa, a criminal sobre a administrativa), ou se a autoridade estatal de uma mesma instância (seja judicial ou administrativa) já houver apreciado questão que constitua elemento essencial para desencadear a responsabilização de um indivíduo pelo mesmo fato, visando resguardar bens jurídicos equivalentes, deve ser reconhecida a comunicabilidade para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

De igual forma, considerando as premissas acima mencionadas, em não sendo constatado o *bis in idem* ante a ausência de algum dos elementos para a sua caracterização, as sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não podendo haver qualquer excesso punitivo, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a argumentação desenvolvida, conclui-se que a atividade sancionatória encontra limites no ordenamento jurídico, tanto na Constituição da República, como na legislação infraconstitucional.

Dentre os princípios [implícitos e explícitos] que disciplinam o regime jurídico sancionador, o princípio do *ne bis in idem* proíbe o Estado [que é uno] de punir um mesmo sujeito por mais de uma vez pela prática de um mesmo fato.

O processo sancionador, a ser instaurado pela autoridade estatal competente, considerando os diferentes sistemas de responsabilização, deve observar as garantias constitucionais e legais, sob pena de nulidade por ofensa ao “devido processo legal” previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

No sistema jurídico brasileiro, cada vez mais observamos a existência de novos diplomas jurídicos sancionadores, muitas vezes protegendo os mesmos bens jurídicos, coexistindo no sistema diversos sistemas de responsabilização, o que pode ensejar uma resposta desproporcional por parte do Estado à uma conduta praticada.

O §3º do artigo 22 da Lei Federal n. 13.655/2018, ao introduzir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB objetivou justamente para minimizar os efeitos do “bis in idem” para os administrados, conferindo maior segurança jurídica.

O bis in idem consiste na penalização de um dado sujeito, mais de uma vez, por um *mesmo* fato, de forma a proteger o *mesmo* bem jurídico, com sanções da *mesma* natureza, dentro de um *mesmo* sistema de responsabilização.

26 A propósito, nos casos de absolvição criminal, a Súmula 18 do STF enuncia que “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Sobre a questão da responsabilidade administrativa e criminal e a independência entre as instâncias, Antônio Rodrigo Machado sustenta posicionamento com o qual concordamos, no sentido de que, se a sanção disciplinar decorre exatamente do fato de haver contra o agente público imputação de crime, afastada essa imputação pelo juízo criminal, não subsiste razão para a penalidade funcional. (MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, p.199).

Contudo, em alguns casos, pode haver *bis in idem* mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização *diversos*, desde que seja reconhecida a ocorrência de *atos que possam, de alguma forma, se comunicar* entre as diferentes esferas de responsabilidade.

A aplicação de sanções a um mesmo sujeito, decorrentes de um mesmo fato [reprovável à luz do ordenamento], não pode (i) acarretar o *bis in idem* e (ii) ocasionar excesso de punição, ainda que as sanções a serem aplicadas pertençam a sistemas diferentes de responsabilização.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora uno, consagrou o princípio da independência das instâncias, que decorre da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República, o que significa dizer que cada sistema punitivo pode exercer a sua parcela de competência de acordo com os seus respectivos regramentos.

O Direito, enquanto sistema, possui requisitos comuns pertinentes a todo o sistema, porém, em que pese a sua unicidade, devem ser observados os princípios específicos pertencentes aos diferentes ramos do Direito.

A independência entre as instâncias consagrada pelo ordenamento jurídico não é absoluta.

A existência de *bis in idem* pode se dar mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização, nos casos em que um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que possam se comunicar, de alguma forma, entre os diferentes sistemas de responsabilização.

Quando houver preponderância de um sistema de responsabilização sobre o outro ou se a autoridade estatal de uma mesma instância (seja judicial ou administrativa) já houver apreciado questão que constitui elemento essencial para desencadear a responsabilização de um indivíduo pelo mesmo fato, visando resguardar bens jurídicos equivalentes, deve ser reconhecida a comunicabilidade para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

As sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não podendo haver qualquer excesso punitivo, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014.

BERARDO, José Carlos. *O Brasil oficializou o “bis in idem” e todo mundo está quieto*. Revista Consultor Jurídico, 20 de junho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução por Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. “Preâmbulo”.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. O Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coordenador). São Paulo: Malheiros, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuteurs Brasil, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Dimensões do Princípio do Ne Bis in Idem*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6436. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13875>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Recebido em: 19.02.2021

Aprovado em: 19.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

BEZNOS, Clovis; FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. O princípio do *ne bis in idem* e as normas jurídicas de natureza sancionatória. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.60-70, set./dez. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR45-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.