

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALICE DANIELLE SILVEIRA DE MEDEIROS

INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS:
A VEDAÇÃO AO *BIS IN IDEM* NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

CURITIBA

2021

ALICE DANIELLE SILVEIRA DE MEDEIROS

INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS:
A VEDAÇÃO AO *BIS IN IDEM* NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

2021

M488i

Medeiros, Alice Danielle Silveira de

Interdependência das instâncias sancionadoras: a vedação ao bis in idem na tutela da probidade administrativa [meio eletrônico] / Alice Danielle Silveira de Medeiros. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Daniel Wunder Hachem.

1. Improbidade administrativa. 2. Corrupção administrativa. 3. Direito administrativo. 4. Tutela. I. Hachem, Daniel Wunder. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 35.086

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA Nº161

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia vinte e seis de julho de dois mil e vinte e um às 18:30 horas, na sala Online - Plataforma Zoom, Online - Plataforma Zoom, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **ALICE DANIELLE SILVEIRA DE MEDEIROS**, intitulada: **INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS: A VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**, sob orientação do Prof. Dr. DANIEL WUNDER HACHEM. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: DANIEL WUNDER HACHEM (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EMERSON GABARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, DANIEL WUNDER HACHEM, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 26 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

03/08/2021 16:34:14.0

DANIEL WUNDER HACHEM

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/07/2021 08:20:20.0

EMERSON GABARDO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/07/2021 09:59:25.0

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **ALICE DANIELLE SILVEIRA DE MEDEIROS** intitulada: **INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS SANCIONADORAS: A VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**, sob orientação do Prof. Dr. DANIEL WUNDER HACHEM, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 26 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

03/08/2021 16:34:14.0

DANIEL WUNDER HACHEM

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/07/2021 08:20:20.0

EMERSON GABARDO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/07/2021 09:59:25.0

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC)

Aos meus irmãos, Guilherme e Laura.

Agradecimentos

Qualquer projeto que se pretenda executar a médio ou longo prazo sujeita-se a intercorrências. Algumas são previsíveis, outras nem tanto. No meu caso, assim como no caso de todos os colegas que ingressaram no Mestrado ou no Doutorado no início dos anos de 2019 e 2020, dentre todas, a ocorrência de uma pandemia talvez fosse a mais imprevisível delas. Mas aconteceu.

Uma infinidade de coisas veio na sequência, incluindo o fechamento de fronteiras e bibliotecas. O risco das aglomerações e dos encontros presenciais fez alterar a realidade com a qual estávamos acostumados e muitos planos tiveram de ser abandonados ou revistos. Também, por consequência, laços que o convívio poderia ter, naturalmente, criado ou estreitado, foram interrompidos, quando não inviabilizados. Outros meios de comunicação, diálogo e pesquisa foram, de certa forma, rapidamente encontrados; e até revelaram possuir prós, mas, como antes – viu-se logo –, pouco voltou a ser.

Além disso, nos mais variados aspectos da vida, as pessoas se viram obrigadas a superar dificuldades, a se reorganizarem, a eleger novas prioridades e, de mais a mais, a se adaptarem. Contudo, em meio a esses tantos desafios e à constante preocupação de manter, pelo menos, a saúde dos nossos preservada – o que, infelizmente, muitos não conseguiram –, também houve espaço para descobertas, para reafirmar amizades, para nos aproximar de quem podíamos e para diversas outras coisas boas. E eu, particularmente, neste momento em que um ciclo por demais importante e desejado – como foi o do Mestrado – se encerra, depois de passar por uma intensa fase pandêmica, não poderia deixar de agradecer àqueles que me ajudaram, seja estimulando ou apoiando, tolerando ou suprimindo ausências, fazendo esforços comigo ou, simplesmente, estando por perto.

Antes, agradeço a Deus por tudo que sei e não sei que Ele fez para que eu pudesse chegar até aqui.

Ao meu orientador, o Professor Daniel Wunder Hachem, pelo exemplo de seriedade acadêmica e comprometimento profissional, pela orientação cirúrgica – tanto para lapidar o tema, quanto para otimizar as investigações e colocar as respostas em ordem –; e, sobretudo, pela confiança e pela liberdade que me permitiu ter durante todas as fases do Curso e da pesquisa.

Aos meus amigos e sócios no escritório pelo apoio e companheirismo de sempre. Especialmente, ao nosso maestro, Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por compartilhar seu conhecimento com prazer, por incentivar e mostrar as direções, pelas valiosas

indicações de leitura, dentre outras tantas coisas. À Ana Luiza dos Santos Rocha, a quem admiro pelo caráter, pela força e pela perspicácia que tem – mais do que ela pensa – e por inúmeras outras preciosas qualidades; e com quem pude contar, incondicionalmente, não só para me cobrir e dividir as tarefas do escritório, mas em muito mais. À Ana Maria Lumi Kamimura Murata, pela espontânea dedicação em ajudar, por ceder todo o seu acervo de material bibliográfico, por compartilhar aprendizado e, ainda, travar debates que, inúmeras vezes, contribuíram para instigar outras cogitações, desvendar novas hipóteses e organizar os pensamentos. E, ainda, à Tatiana Piasecki Kaminski, muito, pela parceria no trabalho, mas, ainda mais, por estar sempre exercitando o seu genuíno dom de cuidar, por emprestar os ouvidos, transmitir as suas experiências e por todo o mais.

Aos meus irmãos Guilherme e Laura, ele, por ajudar em várias traduções, sempre, muito disposto e preocupado em fazer o melhor possível; e, ela, por manifestar interesse em ideias que eu externei, aleatoriamente, relacionando com assuntos que estava estudando para o vestibular e provocando discussões que me ajudaram a encaixar várias dessas ideias.

Ao Tato, por apoiar as minhas decisões, dar atenção às questões que me inquietam e por acompanhar de perto – talvez até mais do que ele gostaria – todo esse processo, pacientemente, apesar das minhas muitas variações de humor. Também, aos meus pais, Osmar e Deyse, pelo amor e pela paciência com todas as minhas faltas, nesse período, nunca me negando compreensão e sempre festejando os momentos em que estive presente.

Ainda, a todos os professores e colegas que, direta ou indiretamente, contribuíram para construção deste trabalho, com um destaque especial para aqueles que se dedicaram a ensinar a manejar com as ferramentas metodológicas, notadamente, ao Professor Emerson Gabardo que, no início, ministrou a disciplina de Metodologia; e à Professora Andrea Roloff que, agora, no final, ajudou-me na adequação formal, com grande acuidade, empatia e leveza, algo que veio a agregar e merece ser valorizado.

E, por fim, a todos os meus demais familiares, amigas e amigos, que torceram para que tudo corresse bem.

“– Quando *eu* uso uma palavra – Humpty Dumpty falou, mais uma vez num tom desdenhoso – ela significa o que eu quero que ela signifique... nem mais nem menos.
– A questão é – Alice falou – se o senhor *pode* fazer as palavras significarem coisas tão diferentes.
– A questão é – disse Humpty Dumpty – quem é que manda... e isso é tudo”. (*Alice através do espelho*, Lewis Carroll)

RESUMO

Partindo-se, fundamentalmente, das premissas de que se não pode apontar a existência de diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativas; e de que a tutela da probidade administrativa, no ordenamento jurídico brasileiro, pelas múltiplas instâncias que a recobrem, não se dá com tipificações distinguíveis pelos bens jurídicos protegidos, sustenta-se, em face da previsão contida no art. 37, § 4º, da Constituição brasileira de 1988, e dos postulados que conformam o sistema jurídico no contexto do Estado Constitucional, que, no lugar da independência que lhes costuma ser atribuída, dever-se-ia reconhecer a necessidade do estabelecimento de uma relação de interdependência entre elas, no âmbito da qual o “devido” processo legal seria verificado a partir de uma análise global; e a vedação ao *bis in idem* funcionaria como uma ferramenta de racionalização das políticas sancionadoras – justificadas pelo *ius puniendi* –, voltada a garantir que a força coercitiva do Estado não fosse empregada em excesso e com violação ao valores axiológico-normativos que emanam da Constituição, tanto no plano normativo, quanto da aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Interdependência entre as Instâncias; *Ius Puniendi*; *Ne bis in idem*; Ilícito Penal; Ilícito Administrativo.

ABSTRACT

Having considered, fundamentally, the premises that one can't find ontological differences between criminal and administrative offences; also, that the protection of administrative probity by the multiple instances that concern it, in the Brazilian legal order, is not grounded on distinguishable types of protected legal goods, one can argue that, according to article 37, § 4º, of the Brazilian Constitution of 1988, and the principles that conform the legal system in the context of the constitutional state, instead of the independence that is usually asserted, it should be acknowledged the need for the establishment of a relationship of interdependence between different instances. Therefore, “due” process of law would be verified starting from a global analysis; and the *ne bis in idem* would work as a tool of rationalization of the sanctioning politics – justified by the *ius puniendi* – seeking to assure that the coercive strength of the state would not be employed in excess and with violation to the axiological normative that emanate from the Constitution, in the normative plane, and in the enforcement.

KEY-WORDS: Interdependence between the Instances; *Ius Puniendi*; *Ne bis in idem*; Criminal Illicit; Administrative Illicit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS SANCIONADORAS E PODER PUNITIVO ESTATAL	12
1.1 A TUTELA DA PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1.1 A Separação das responsabilidades civil e penal.....	21
1.1.2 A Sanção administrativa e a responsabilização por atos de improbidade	28
1.1.3 A Independência entre as instâncias e o entendimento do Supremo Tribunal Federal ...	33
1.2 A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS FRENTE AOS MOVIMENTOS REVOLUCIONÁRIOS, OS CONSTITUCIONALISMOS E AS DIFERENTES NOÇÕES DE SEPARAÇÃO DE PODERES	54
1.2.1 A Mescla das influências francesa, inglesa e norte-americana	69
1.2.2 A Provável conexão espanhola.....	82
1.3 O <i>IUS PUNIENDI</i> NO DESENROLAR DO ESTADO MODERNO	92
1.3.1 O <i>Ius puniendi</i> frente ao axioma estatalista.....	94
1.3.2 A Função administrativa e a legitimidade da ingerência sancionadora estatal sob o marco da Constituição da República de 1988	107
2 LIMITES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	110
2.1 A DECISÃO JURÍDICA FRENTE À IMPOSSIBILIDADE DE AFIRMAR “A” RESPOSTA CORRETA	110
2.1.1 A Relevância das noções de ordenamento e sistema jurídico para a fixação de limites interpretativos	115
2.1.2 Discursos que encobrem excessos.....	122
2.2 A CENTRALIDADE DA PESSOA COMO PRINCÍPIO REITOR DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	127
2.2.1 A Matriz garantista da Constituição de 1988	132
2.2.2 A Constituição da República de 1988 como fundamento de validade.....	135
2.3 OS PRINCÍPIOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE LIMITAM A ATIVIDADE SANCIONADORA ESTATAL	141
2.3.1 Proporcionalidade e Devido Processo Legal	145
2.3.2 A Vedação ao <i>bis in idem</i> na Constituição brasileira de 1988	152
3 A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA SANCIONATÓRIO COORDENADO E COERENTE	164
3.1 O “DEVIDO” PROCESSO NO COMBATE À CORRUPÇÃO	164
3.1.1 A Questão da existência – ou não – de identidade entre os ilícitos penais e administrativos	168
3.1.2 A Simultânea ampliação do direito penal e da potestade administrativa sancionadora e a impossibilidade de <i>transplantes jurídicos</i>	178
3.2 A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DE MODELOS ANACRÔNICOS E A INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.....	184
3.2.1 Aportes da teoria do bem jurídico para a formulação de um sistema sancionador orgânico	196
3.2.2 Os Bens jurídicos coletivos, os ilícitos em suas finalidades e a necessidade de que a atuação repressiva do Estado seja determinada de forma global.....	209
3.3 A PROJEÇÃO DA TUTELA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA SOBRE BENS JURÍDICOS COLETIVOS	219

3.3.1 <i>Ne bis in idem</i> versus independência entre as instâncias: conflito real ou putativo?	232
3.3.2 A Satisfação do <i>ne bis in idem</i> pela fórmula da tríplice identidade e o problema da troca de etiquetas	240
3.3.3 O <i>Ne bis in idem</i> como ferramenta de racionalização do <i>ius puniendi</i> e a sua concretização pela via do concurso	248
CONCLUSÃO	260
REFERÊNCIAS	266

INTRODUÇÃO

Quão adequada à matriz axiológico-normativa que marca a racionalidade interna do sistema constitucional brasileiro ainda é – se é que um dia foi – a construção que levou à consagração da independência entre as instâncias? Esta é apenas uma das perguntas que aparecerá no fluir das ideias que compõem o texto, em meio a muitas outras. É possível, no entanto, que, nela, esteja sintetizada a preocupação que instigou a análise, desde o princípio; e que a seguiu pautando, ao longo de todo o seu desenvolvimento.

Dentre outras coisas, a afirmação dessa máxima, que se dá, em regra, com grande ênfase e pouca margem de discussão, vale para afastar a incidência da vedação ao *bis in idem* na maior parte dos casos em que se verifica a existência de tipificações equivalentes, incidindo sobre os mesmos fatos e agentes. As hipóteses de comunicabilidade e que exigem alguma interação – notadamente quando a competência decisória é dividida por ramos de especialidade –, além de excepcionais, são poucas. Quando se trata dos atos qualificados como de improbidade administrativa, especialmente. E, isso, apesar do *status* de direito fundamental que ela, a vedação ao *bis in idem*, possui no ordenamento jurídico brasileiro, em face de sua adesão ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos; e da previsão contida no art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988.

Não há dúvida acerca da importância de se estabelecer mecanismos de contenção à prática de atos dessa ordem, tampouco de que esse papel é reservado ao Estado – por isso ele detém poder coercitivo –; e, dentro dos limites que se lhe colocam, que pode operar com medidas restritivas de direitos. No que consistem esses limites parece ser a resposta a procurar.

Só porque se trata de restrições a direitos já haveria razão suficiente. Mas a dimensão que essas restrições tomaram e seguem tomando, nesse âmbito, com a multiplicação de diplomas legais e autoridades munidas de competência para intervir sobre os mesmos atos e aplicar, não raro, as mesmas sanções, parece fazer acentuar a relevância dessa busca. Mesmo porque, segue firme e prevalente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que aquele preceito – identificado como “a independência entre as instâncias” – tem assento na Constituição; e que dele advém a imposição de uma ingerência estatal punitiva por frentes diversas, sem que uma se imiscua no espaço da outra.

Todavia, não se verifica existir no texto constitucional uma disposição literal que conceda uma independência dessa envergadura às autoridades que manejam com o *ius puniendi*. O art. 37, § 4º, que, supostamente, seria o principal dispositivo a lhe dar sustentação, dispõe apenas que “os atos de improbidade de improbidade importarão a suspensão dos direitos

políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Dessa locução final, não parece ser possível extrair, lógica e obviamente – como que na forma de um silogismo – a conclusão de que os agentes incumbidos dos processos sancionadores instauráveis, em tese, não possam, ou não devam, funcionar de maneira articulada, na maior medida possível; e, ao contrário, que precisam, em regra, manter distância.

Quando se inicia, então, uma busca por mais explicações, outras justificativas são apresentadas. Mas não muitas, o que acaba por não causar estranheza, já que logo se percebe que ela mesma, a chamada independência entre as instâncias, não conta com o apoio de uma elaboração dogmática própria. Nos poucos casos em que assume o foco, costuma ser, apenas e genericamente, associada às teorias da separação de poderes. Daí, aliás, uma das primeiras constatações: o aprofundamento da investigação precisaria passar por uma tentativa de encontrar, nelas – mesmo que só com uma recapitulação pontual –, um norte para se chegar mais próximo de onde estariam as raízes dessa sua suposta ramificação.

De todo modo, como muitos afirmam, na distinta natureza dos ilícitos e das sanções que seriam em face deles aplicáveis – e, também, porque se voltariam a proteger diferentes bens jurídicos – é que se acharia outras justificativas para ela; e, afinal, a base para se atribuir àquele “sem prejuízo da ação penal cabível” um específico significado. Justo esse, vinculado a uma ideia de esferas distintas dotadas de um amplo grau de independência.

Só que, ao invés de encerrar a discussão, essa linha de sentido que parte de pretensas diferenças de natureza, na realidade, abre espaço para diversas outras indagações, a começar por uma que, talvez, seja até intuitiva: o que autoriza dizer que alguma coisa, por sua natureza, é igual ou diferente? Trata-se de um ponto que se situa no plano ontológico e, de consequência, por demais complexo. Outrossim, adotando-se por premissa que o pleno acesso à essência das coisas é inviável, mas que disso não decorre uma completa impossibilidade de definição de respostas, cumpriria perquirir acerca de como elas hão de se conformar, nessa condição.

Mas além de, por si, desestabilizar aquele que seria o central pilar de sustentação da consagrada independência entre as instâncias, essa questão – afeta à fenomenologia hermenêutica e aqui colocada como premissa –, relaciona-se com a percepção de que elementos pré-textuais ou, em outras palavras, preconceções, perpassam o juízo cognitivo, impactando sobre as representações e marcando as interpretações de subjetividade. E, nela, vislumbrou-se uma chave metodológica relevante a balizar o estudo, também, em outros aspectos.

A importância de trabalhar com as noções de sistema e ordenamento jurídico se revela, por exemplo, nesse contexto. Com elas, consegue-se operar cercando o campo da interpretação,

não só para evitar que, na falta “da” resposta correta, qualquer uma ocupe o seu lugar, mas – sobretudo – para dizer quais, dentre aquelas que tiverem sido conjecturadas, não se conciliam com os pressupostos do paradigma instituído, notadamente, em vista do princípio reitor que o preside.

Com isso, várias direções para reflexões mais concretas se abrem. No entanto, o primordial, a partir daí, pareceu ser reconhecer e explorar elementos que singularizam o sistema jurídico ancorado na Constituição da República de 1988 – portanto, com um viés social e democrático –, de modo a desvendar a eventual inconsistência das cadeias de significantes, que levam à implementação e à afirmação da legitimidade de medidas restritivas de direito, altamente aflitivas, sem que haja grande resistência.

Diante de um tal propósito, empreender esforços para compreender as formulações jurídicas de forma contextualizada, lançando mão da temporalidade como uma ferramenta, mostrou-se uma outra coisa de notável utilidade. Com ela, fica mais fácil de enxergar, por exemplo, a inviabilidade dos chamados **transplantes jurídicos**, o fato de que as traduções jurídicas podem corromper ideias, de que as mesmas palavras podem assumir diferentes conotações, a depender da racionalidade subjacente; e, por conseguinte, a necessidade de que modelos anacrônicos sejam superados, para que a passagem de um paradigma a outro se consolide.

Cumprir mencionar que, ao presente estudo, interessam, sobremaneira, as **mudanças** que deveriam ter acompanhado a ascensão do paradigma do Estado Constitucional, quando a **inaptidão** do Estado Legislativo para assegurar e satisfazer direitos, com igualdade material, ficou patente.

E quando se fala em **temporalidade**, não se tem por objetivo agregar um segundo ponto de vista, dissociado daquele outro que parte do pressuposto de que **preconcepções ingerem sobre a interpretação**. Diversamente, tem-se se tratar de **duas chaves** de compreensão que se complementam e, na prática, servem a toda a análise.

Ao final, as respostas obtidas com o emprego de ambas serão associadas para o enfrentamento daquelas diferenças que, em tese, amparariam a chamada independência entre as instâncias, desde uma perspectiva que confere maior proeminência à vedação ao *bis in idem*; e sinaliza na direção de que a sua permanência no ordenamento depende de que seja ressignificada. Não porque se teria encontrado motivos para arrefecer o controle dos atos de improbidade administrativa ou tratar do combate à corrupção com menos rigor, mas porque a matriz do sistema que se encontra, agora, estabelecido, por seu princípio reitor – a pessoa –,

condiciona a legitimidade da atuação punitiva estatal não só no aspecto formal, mas, especialmente, ao adequado manejo dos meios que têm à sua disposição.

Em uma palavra, isso obriga a fazer uso deles de forma racional e articulada; e desautoriza que sejam, simplesmente, sobrepostos. No marco do paradigma em que esse sistema se insere, a intervenção punitiva do Estado deve respeitar padrões rígidos de coerência e proporcionalidade, dentre outros os motivos, porque apenas lhe é dado empunhar prerrogativas para mediar os conflitos de interesses, de modo a que tenham solução perene. E, isso, sempre, tendo em vista que o seu fim último já não pode ser a reafirmação de sua autoridade, mas a satisfação dos direitos fundamentais das pessoas.

Nestas considerações preliminares, ainda que em apertadíssima síntese e de forma não exatamente linear, apresenta-se o percurso das ideias que guiaram a investigação e algumas que, a partir dela, surgiram. Mas cumpre, ainda – e, também, sucintamente –, indicar em qual ordem elas serão trabalhadas.

Como a raiz da concepção dessa ideia de independência entre instâncias parece estar nas teorias da separação de poderes e na divisão do direito e das responsabilidades em ramos, o primeiro capítulo explora não só a sua base legal e doutrinária recente, mas também a realidade sobre a qual ela incide, em vista de um específico recorte – qual seja, a **tutela da probidade administrativa no ordenamento brasileiro** –; além de alguns eventos passados que contribuiriam para a sua consolidação e aspectos do *ius puniendi* que conferiu ao Estado o monopólio do uso da força coercitiva, no marco da modernidade.

No segundo capítulo, por outro lado, trata-se, primeiro, das decisões jurídicas e do pensamento jurídico, porque perceptível o impacto que a interpretação e elementos contextuais e contingenciais exercem sobre as direções que são tomadas. Depois, discute-se sobre os referenciais axiológico-normativos incorporados à Constituição de 1988, sobre a utilidade das noções de ordenamento e sistema jurídicos para sua compreensão; e, sobre aquele que vem a ser o princípio reitor do sistema que ela constitui. Por fim, sobre quais seriam os princípios normativos que a hipótese em análise atrairia, em oposição à ideia de independência entre as instâncias, com o sentido que vem sendo empregada.

O terceiro capítulo, a seu turno, traz e discute proposições que visam contribuir para a construção de um sistema sancionador coerente e coordenado, com aportes colhidos da teoria do bem jurídico, com o enfrentamento da tese que aponta que os ilícitos penais e administrativos seriam idênticos, bem como da questão da administrativização do direito penal, ao lado da ampliação da potestade administrativa sancionadora. Ainda, de modo a que se reconheça que mais adequado seria falar de uma interdependência entre as instâncias, aponta-se a necessidade

de superar modelos anacrônicos e a inviabilidade de **transplantes jurídicos**. Ao final, além de formulações em torno dos chamados bens jurídicos coletivos, que se voltam a demonstrar como prejuízos a interesses individuais acabam sendo encobertos por aquela independência entre as instâncias, apresenta-se a vedação ao *bis in idem* como uma ferramenta de racionalização do sistema capaz de operar tanto no plano legislativo, quanto da aplicação.

1 TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA, INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS SANCIONADORAS E PODER PUNITIVO ESTATAL

1.1 A TUTELA DA PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ideia de administração pública remete a uma gama de atividades voltadas à satisfação de necessidades coletivas. Diz-se “pública” – justo – porque o atendimento de necessidades, que se qualificam como de interesse geral, é o que lhe caracteriza¹.

Nem sempre se tratou de uma incumbência do Estado, tampouco se trata de atividades que lhe são exclusivas². Mas, nos tempos modernos, quando ele emerge, passa a ocupar centralidade, nesse âmbito, sendo que, em termos gerais, “o que hoje se chama *Administração Pública* é um sistema de órgãos do Estado e de pessoas colectivas que com ele cooperam por força da lei na satisfação das necessidades colectivas”³, conforme explica Marcello Caetano.

O que interessa, propriamente, é que a atribuição, ao Estado, desse papel de gerir as necessidades coletivas, veio acompanhada da obrigação de que alcançasse a todos, de forma igual; e de uma certa autoridade – concedida pela lei – para fazer cumprir as suas determinações, inclusive, por meios coercitivos.

¹ AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. 1, p. 30-50. A doutrina atribui diferentes sentidos à noção de administração pública, mas tal como adverte Odete Medauar, “sempre houve dificuldade de fixar com precisão o conceito de Administração Pública. Diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o carácter multiforme de suas atuações” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 39). Em sentido material, nada obstante, Marcello Caetano sublinha que a administração pública é “o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados. Depois, esclarece que que, “[e]sta actividade é em grande parte exercida através de serviços administrativos, porque o carácter permanente das necessidades colectivas exige uma assistência regular prestada por estruturas constituídas por agentes estáveis, com tarefas definidas e dotados de recursos materiais e recursos jurídicos. E tão importante são estas estruturas no desenrolar da actividade que denominámos administração pública que, com frequência, na linguagem vulgar como na terminologia técnico-jurídica, se emprega a mesma expressão, não já no sentido de actividade, mas para significar no seu conjunto a orgânica que a desenvolve” (CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1, p. 5). (Destaque no original)

² Neste sentido, tem-se com Maurice Hariou que: “[e]l Estado no existió siempre, pues es una formación política de fin de civilización; las sociedades humanas han vivido mucho más tempo bajo el régimen de los clanes, de las tribos o de los señoríos feudales que bajo el régimen del Estado” (HAURIOU, Maurice. *La Teoría de la Institución y de la Fundación (ensayo de vitalismo social)*. Trad. Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 34).

³ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1, p. 14. (Destaque no original) Quando referida à **atividade** de administrar interesses coletivos, o autor usa a expressão **administração pública** em letras minúsculas. A grafia com maiúsculas, por outro lado, reserva para se referir ao conjunto orgânico de entidades jurídicas que realizam essas atividades. E esse parece ser um critério distintivo útil para facilitar a compreensão.

A percepção de que o comportamento humano em comunidade precisa ser disciplinado, com alguma restrição à liberdade, de modo que haja coexistência pacífica, remonta aos primórdios da civilização; e já se poderia ter uma ideia de Estado, desde então⁴. Mas é ao Estado – concebido como síntese da coletividade organizada –, com formatação e feições modernas, mais especificamente, que se liga a Administração Pública em questão. Por conta, justamente, do elo que estabelece com o princípio da igualdade e o primado da lei, na transição das monarquias absolutistas para os regimes constitucionais, como um legado da era das revoluções e de suas declarações de direitos, mormente daquela de origem francesa⁵. Também, por conta dos formatos que o *ius puniendi* foi tomando no curso dos acontecimentos, visando, sempre, sob essas bases, à manutenção da ordem social estabelecida e à responsabilização daqueles que pratiquem atos capazes de comprometer a sua estabilidade e o atendimento das necessidades coletivas.

A noção de igualdade pode ser compreendida de variadas formas e, ao longo do tempo, para o direito, desencadeou diversificadas cadeias de significantes. Sinteticamente, partindo de uma representação meramente formal, ela andou – por caminhos não lineares – até chegar a um ponto onde se afirmou como exigência de caráter material e ganhou sentido de isonomia. Para isto, eventos e rupturas de múltiplas ordens tiveram alguma projeção. Mas a causa mais notável

⁴ Neste sentido, Edmir Netto de Araújo sustenta que, “[d]esde que o ser humano, saindo do estado primitivo, passou a viver em sociedade abdicou de parte de sua liberdade natural de ação em favor de um comando e de uma disciplina que assegurasse a referida coexistência, sua própria segurança, e prosperidade possível nas condições da época” (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 25-28). Celso Ribeiro Bastos insere o Estado no conceito maior de sociedade política, o qual abrange, também, segundo ele, as tribos, as cidades-estados gregas, o Império Romano, a sociedade feudal, explicando que, “[d]esde os tempos mais remotos, assim que a sociedade atingiu um nível mínimo de diferenciação e especialização das suas funções, surgiu um tipo especial de poder, que não se confundia com aquele existente dentro das diversas sociedades, ao qual passou também a corresponder uma forma societária específica. Aparecia, assim, a sociedade política, que tem por notas caracterizadoras o fato de ser mais abrangente, pela amplitude dos seus fins, que as demais e, também, por encerrar dentro de si mesma essas últimas. (...). O fato é que tendo atingido um certo nível de complexidade as diversas sociedades existentes entravam a requerer uma organização mais ampla, que disciplinasse o seu mútuo relacionamento, assim como passasse a zelar pelos interesses emergidos do conjunto das diversas sociedades. A tais interesses denominou-se ‘bem comum’ ou ‘interesse público’” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-4).

⁵ Dentre as quais reclamam ênfase a *Petition of Rights*, de 1628, a *Bill of Rights*, de 1689, ambas ligadas aos movimentos revolucionários britânicos e de fundamental importância na formação e evolução do seu direito constitucional; a Declaração dos Direitos editada pela Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, gestada na França, no ambiente da Revolução da França. Neste sentido: CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 18-20. Sobre o mesmo assunto, Edmir Netto de Araújo acentua que: “[a] contribuição mais relevante que as ideias das revoluções liberais (especialmente a francesa) implantaram no mundo ocidental foi a consagração do princípio de que todos (inclusive o Estado) são iguais perante a lei, desde que nas mesmas condições. O significado lógico desse princípio é que, sendo o Estado síntese da coletividade, particularmente submetido ao princípio da legalidade estrita, todos são iguais também perante ele, e, portanto, perante a Administração” (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 574).

e determinante – pode-se dizer – foi a conquista, pela *pessoa*, do posto principal na órbita de funcionamento do Estado, com o que se tornou o objeto preferencial de sua proteção.

A dinâmica absolutista de submissão dos súditos à vontade do soberano resistiu, com outras roupagens. Gradativamente, porém, a afirmação dos direitos e liberdades individuais foi ganhando, mais e mais, contundência. O sentido reconhecido aos interesses que lhes são correlatos, nada obstante, variou de acordo com as feições assumidas pelo ente estatal; e, de igual modo, os métodos de gestão empregados para a sua satisfação (ou insatisfação). O Estado sempre precisou lidar, nada obstante, com um volume crescente de interesses tuteláveis⁶ – por vezes, contrapostos –, cabendo-lhe equacioná-los.

Mas a dose adequada de força coerciva a ser empregada para garantir e satisfazer os interesses reconhecidos como dignos de tutela nunca foi de fácil modulação. Afinal, o Estado, como mediador dos conflitos que surgem em torno deles, tem, de certa forma, uma função dúbia, já que, para satisfazer uns, precisa, em alguma medida, restringir outros; e, justamente, para determinar que medida é essa, nunca houve uma fórmula. No entanto, sempre estiveram estabelecidos – ao menos, formalmente – parâmetros de observância obrigatória. E desviar deles implica retirar a sustentação do Estado pela raiz, porque para restringir, só por restringir ou com base em padrões aleatórios, a vingança privada serviria. Portanto, o alcance do equilíbrio capaz de afastar o erro e de preservar a legitimidade de sua atuação, sempre dependeu, antes de tudo, de ter claros esses parâmetros.

Neste aspecto, direções específicas decorrem dos postulados que um Estado de viés social e chamado **democrático de direito** carrega – qualificação que o Estado brasileiro atualmente ostenta –, assim como do conteúdo programático e dos referenciais axiológico-valorativos incorporados na Constituição que lhe conferem respaldo. Essas direções devem nortear, sem atalhos, quaisquer que sejam as atividades estatais postas em causa.

O dever de probidade dos agentes públicos e dos particulares que se relacionam com a administração pública – imposto pela Constituição da República brasileira de 1988, destacadamente, no art. 37, § 4º – se coloca dentro desse contexto, com amplitude de sentido limitada pelos mesmos postulados e referenciais.

⁶ A esse respeito, chama atenção a lição de Marcello Caetano, no sentido de que: “[p]ode dizer-se que um grande número das necessidades colectivas das sociedades contemporâneas são casos de insegurança criados pela técnica industrial: veja-se a necessidade de reparação dos acidentes de trabalho, a necessidade de amparar pessoas na doença, na invalidez, na velhice e no desemprego por meio da previdência social, a necessidade de evitar poluição do ar atmosférico ou das águas doces nas cidades e nos meios fabris, a necessidade de resolver os problemas de trânsito e de estacionamento de um número de veículos cada vez maior... Tudo necessidades decorrentes da vida em sociedade e, por isso, essencialmente, colectivas” (CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, v.1, p. 3).

Tecnicamente, muitos autores o conectam com a moralidade administrativa – a que também se refere o texto constitucional, notadamente, entre os princípios elencados no *caput*, do art. 37, como orientadores da administração pública –, dizendo se tratar, basicamente, um, decorrência do outro.

José dos Santos Carvalho Filho⁷, na busca por uma definição para esse primeiro conceito – probidade – que afirma ser genérico, começa investigando o seu sentido semântico. Diz que ele “provém do vocabulário latino *probitas*, espelha a ideia de *retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem, quer públicos, quer privados; honestidade; pundonor, honradez*”⁸; e, então, que, no trato com a Administração Pública, um comportamento que reflita o antônimo disto, atinge os interesses da sociedade que são por ela tutelados, com violação ao princípio da moralidade.

Odete Medauar, em termos aproximados, sustenta que “[a] probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa”⁹, sendo que, “[n]a linguagem comum, *probidade* equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão”¹⁰.

Marçal Justen Filho, no mesmo sentido, sustenta que “[a] improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei”¹¹.

Ainda, na visão Francisco Octavio de Almeida Prado, a probidade seria o núcleo e, também, uma das formas de manifestação da ideia maior identificada como moralidade administrativa, que impõe, em suma, “um padrão de regularidade tanto no plano formal como no plano ético, que repele qualquer desvio em relação aos valores resguardados pelo sistema normativo e aos fins legalmente assinalados”¹².

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 95-97.

⁸ Na mesma linha, Marcelo Figueiredo sustenta: “[d]o Latim *improbitate*. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixar-se os limites do conceito de ‘improbidade’. Assim, *genericamente*, comete maus-tratos à probidade o agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa” (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47). (Destaque no original)

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 120.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 120.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1083.

¹² PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16 e 51-52.

Sobre a moralidade administrativa, por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que ela impõe aos agentes públicos que atuem em conformidade com princípios éticos, cuja inobservância implica “violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica”¹³.

Nada obstante, alinhando-se a Márcio Cammarosano – a quem ele atribuiu a ideia de que “o princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas”¹⁴ –, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que nem toda ofensa à moral social será capaz de agredir o princípio da moralidade administrativa. Apenas o serão, segundo ele, aquelas que importem no “menosprezo a um bem juridicamente valorado”¹⁵, de modo que, o princípio da moralidade traz “um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”¹⁶.

Em sentido complementar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que a sedimentação definitiva da **legalidade** foi importante para que as dimensões éticas do Estado contemporâneo fossem alargadas, mas que não só. Diz ele que “o viçoso ressurgimento autônomo da *legitimidade*, essencial à realização do Estado Democrático e, ainda, como conquista *in fieri*, a introdução da *licitude*, também como valor autônomo”¹⁷, pesaram para tanto. Depois, em arremate, sustenta que “[a] juridicidade, assim, jamais se reduz à *legalidade* mas só se realiza plenamente com a *legitimidade* e a *licitude*, fato esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil, que adota os três referenciais em inúmeros dispositivos”¹⁸.

Quanto às origens da ideia de uma moralidade administrativa, com repercussão sobre o direito público, o mesmo autor conta que o primeiro a lhe mencionar teria sido Maurice Hauriou, em anotações – datadas de 1914 – sobre as decisões proferidas pelo Conselho Estado francês no julgamento do caso “Gommel”; e, ainda, antes, quando desenvolveu seu conceito

¹³ Na visão do autor, nele – ou seja, no princípio da moralidade – estão compreendidos os cânones da lealdade e da boa-fé, dos quais se extrai que “a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 123). (Destaque no original)

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993, p. 8.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993, p. 8. (Destaque no original)

institucional de **poder público**, dando-lhe, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “talvez pioneiramente, no Direito Público, um sentido *valorativo*, vinculado aos *fins* da administração pública”¹⁹.

Então, na tentativa de definir o que vem a ser a chamada moralidade administrativa, o autor lança mão, associadamente, de lições do próprio Maurice Hauriou, de Henri Bergson e de Max Weber. Como ponto de partida, adota a síntese conceitual apresentada por Hauriou, segundo ele, no sentido de que essa moralidade corresponderia ao “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da Administração”²⁰. De Bergson, empresta uma distinção entre moral aberta e fechada, que apontaria ser a primeira (a aberta) ligada à consciência de cada um sobre bem e mal; e a segunda (a fechada), social, por dizer respeito a um grupo específico, que a desenvolveu para a sua autoproteção, frente à ingerência de vontades estranhas. Com isto, afirma que a moral administrativa, na medida em que gerada dentro de um círculo restrito de autores que se submetem a um complexo de normas que visam realizar determinados valores, é uma moral fechada; e que o reconhecimento de que a Administração Pública é uma “instituição finalisticamente orientada” é a contribuição importante de Hauriou, neste aspecto, porque impõe aos seus agentes não só uma submissão formal à lei, mas a uma “honestidade profissional” específica²¹.

De Weber, ademais, colhe uma distinção entre **moral de intenção** e **moral de resultados**, em face da qual a **moral de intenção** seria aferida a partir de um contraste entre a vontade do agente – na qualidade de administrador – e a moral comum; enquanto aquela de **resultados** seria verificada por meio de uma análise comparativa entre o resultado objetivamente alcançado e o resultado que a finalidade legal da administração exigia fosse

¹⁹ Ao princípio da moralidade, Fábio Medina Osório conecta a noção de boa administração e, tal como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, atribui a Hauriou o pioneirismo na sua proposição, *verbis*: “[a] noção jurídica, dentro do direito administrativo, de boa administração ou gestão pública – e seu oposto, a má gestão pública – tem origem teórica mais precisa nas lições de Maurice Hauriou, jurista francês que anunciou pioneiramente o princípio da moralidade administrativa, descrevendo-o numa perspectiva funcionalmente alicerçada no ideário da boa gestão pública, independentemente do que resultasse ostensivamente programado pelo direito legislado. Esse autor, ao comentar a jurisprudência do Conselho de Estado francês, no começo do século XX, disse que existia uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, o que significava a obediência a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico passivo. Ser bom administrador não equivaleria, em suas origens, apenas ao mero cumprimento da lei, da mesma forma como o mau administrador poderia descumprir preceitos ligados à ética institucional, à moral administrativa. Foi um ataque ao pensamento positivista estrito predominante naquele momento histórico” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 42).

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993, p. 9.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993.

alcançado. Daí parte a sua conclusão no sentido de que, para a moral administrativa, importa o resultado, desvinculado da intenção de produzi-lo, por se tratar de um conceito finalisticamente orientado. Segundo o autor, o que importa para esse julgamento é a **conduta** do agente; e não a sua atitude. “A atitude não conduz a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da Pública Administração; mas a conduta, sim, produz resultados moral-administrativamente sadios ou viciados”²². Em última análise, esta seria a consequência: “[p]olíticos e servidores da Administração Pública serão censuráveis, mesmo que suas intenções sejam boas, quando suas ações empregarem o poder estatal de que foram investidos para fins estranhos aos interesses públicos que a Lei lhes cometeu”²³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto termina, assim, por afirmar que aquela disciplina interior a que se referia Hauriou se atrela a uma deontologia própria e corresponde a “um sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos”²⁴.

Tem-se estabelecidas, por aí, algumas diretrizes para a compressão do que a moralidade administrativa representa, o que já é, por demais, significativo. Depreende-se que, na projeção do resultado a ser alcançado com determinada ação, o agente público deve atentar para aquela que é finalidade da administração. Há, por assim dizer, uma condicionante que torna determinadas escolhas inviáveis, *a priori*. Escolhas que, por mais conducentes que sejam a bons resultados – ou louváveis as intenções do agente –, desde uma qualquer outra perspectiva (puramente eficientista, por exemplo), afiguram-se ilegítimas a partir daquela que se relaciona com finalidade da administração e conforma a chamada moral administrativa. Mas a indeterminação dos conceitos que a cercam permanece²⁵.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993, p. 10. (Destaque no original)

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993, p. 10.

²⁴ Neste sentido, já em 1974, em estudo sobre as práticas administrativas e o controle da moralidade, Manoel de Oliveira Franco sustentava que: “[é] fácil, bastante fácil, para que se impeça a correção de qualquer ato, apelar para a competência discricionária. Não é exato, no entanto, que essa competência não seja delimitada na sua expressão de valor, isto é, nos efeitos de manifestação exterior. Quanto ao fim, como resultado último, já não envolve uma simples presunção, mas a própria moralidade administrativa. (...). Em matéria de fim, portanto, a administração não é discricionária. A noção de moralidade administrativa alcança nesse passo uma importância que vai além do princípio da legalidade, para se estender, de plano, à deontologia vinculada a um controle superior. Exato que não se deva dar um sentido único à noção de moralidade administrativa. Ela muda conforme as estruturas e em razão da institucionalização da administração, ou conforme a organização do Estado e os seus princípios básicos de orientação política” (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *As práticas administrativas e o controle da moralidade*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 115, p. 1-14, jan./mar. 1974, p. 11-12).

²⁵ Basta pensar que um deles é o de interesse público.

Quando trata desse mesmo princípio, José Afonso da Silva também se filia a Maurice Hauriou, para dizer, em consonância com os autores já citados, que a ideia que lhe subjaz é a de uma **moralidade jurídica**, que não equivale à **moralidade comum**; e se relaciona com um conjunto de regras situadas no interior da Administração. Ele reconhece a dificuldade de se determinar o que possa vir a ser considerado um “vício de imoralidade”, mas, acredita ser possível “porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração”²⁶.

Odete Medauar, mencionando – e concordando – com José Afonso da Silva, aponta que a percepção da imoralidade acaba por acontecer na via contextual. E esta é a conclusão a que chega depois de conjecturar que a dificuldade em verbalizar o princípio da moralidade existe, “talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública”²⁷.

Diante disto, Alexandre Santos Aragão parece ter razão quando afirma que a moralidade “[é] um dos princípios de mais complexa definição”²⁸; e que “a expressão verbal de uma noção tão abstrata como a ‘moralidade’ aplicada a uma área específica de atuação humana – a gestão pública – é um desafio”²⁹.

Certo, nada obstante, é que se trata de uma moralidade específica que não pode ser reduzida a um qualquer moralismo, mesmo porque os direcionamentos que ela abarca são contextuais e devem acompanhar uma dada linha de racionalidade. No caso do ordenamento jurídico brasileiro – porque configurado para ser democrático de direito –, nessa moralidade só cabem os referenciais axiológicos-valorativos que decorrem da Constituição.

Na linha do que propõe Fábio Medina Osório – no sentido de que uma ética institucional do setor público, impondo um ideal de boa administração e proibindo a má gestão pública, estaria em questão –, resta estabelecido um imperativo de boa gestão aplicável, pois, a todo o setor público, independente de qual seja a natureza ou a qualidade do órgão e seus titulares³⁰. No marco de um paradigma de justificação e legitimação do Estado, que supera a lógica da mera legalidade formal – e opera dentro de um contexto complexo e de ampliadas demandas sociais –, o panorama das obrigações dos gestores públicos se redesenha, de forma

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 677.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119-120.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 172.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 172.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 46-48.

que o cumprimento de ditames burocráticos e procedimentais não esgota os limites de sua responsabilidade³¹. “A legitimação pelas formalidades persiste válida, mas é essencialmente complementada pela lógica dos resultados e da técnica correta no manejo das competências discricionárias”³².

Quanto aos critérios que irão determinar, na prática, qual vem a ser essa técnica – tomando-se o predicado **correta** por **adequada** – e quais resultados se pode, legitimamente, almejar com o seu emprego, são eles dedutíveis daqueles mesmos referenciais constitucionais; e aquele imperativo de boa gestão afeta a própria atividade sancionadora posta a cargo dos agentes públicos. Há, por assim dizer, um mesmo dever de probidade obrigando os agentes que manejam ou exercem o *ius puniendi* – e que abrange os ocupantes do legislativo, do executivo e do judiciário –, isto é, um dever de probidade que não é nem maior, nem menor do que aquele do qual, em tese, desviou-se o acusado sob sua tutela³³.

Significa dizer que todo aquele que ingere sobre a administração pública, em qualquer dos seus aspectos, de maneira a privilegiar interesses dissonantes daqueles aos quais ela deve servir, vulnera o atendimento de necessidades coletivas; e isso é por demais significativo e grave. Mas não autoriza desviar da direção axiológico-normativa que emana da Constituição e vincula qualquer manifestação estatal, o que também se verifica quando o rigor na observância dos parâmetros que lhes confere legitimidade é suavizado, a pretexto de ser necessário evitar a impunidade. Como a grandeza dos elementos que se contrapõem – porque há indivíduos nos dois polos – não difere em grau de importância e desafia a habilidade do Estado de administrar a própria debilidade que lhe constitui – restringir para proteger –, esse rigor deve ser, ao contrário, ainda maior.

A tônica pode variar, porque cada atuação estatal tocará de uma forma nas esferas individuais de direitos, mas o comprometimento com um dever de probidade que a Constituição

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 46-48.

³² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 48.

³³ Seguindo na mesma direção, Fábio Medina Osório sustenta que “[n]ão há tema mais atual do que a responsabilidade dos agentes fiscalizadores, com múltiplos desdobramentos inerentes. E não nos parece despidendo lembrar a importância de limitar a atuação estatal no campo investigatório ou processual, não no sentido de cercear prerrogativas e atribuições, mas com o desiderato de agregar transparência, coibir abusos intoleráveis e até mesmo inibir campos propício à corrupção ideológica, política e administrativa. (...). Agentes públicos que, no exercício de suas funções, abusam do poder, atropelam direitos fundamentais, violentam regras elementares de atuação certamente não atuam com probidade. A atuação de funcionários públicos, para além do vínculo íntimo com a legalidade, está atrelada à teoria dos direitos fundamentais e ao respeito dos direitos constitucionais. A hermenêutica da LGIA [Lei ° 8.429/1942 - Lei de Improbidade Administrativa] se aplica também aos agentes fiscalizadores” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 291).

impõe todos os agentes públicos, independentemente de qual seja a função exercida, não pode sofrer atenuações. E aquelas que visam, precisamente, prevenir potenciais violações a ele ou reprimir atos que já tenham produzido lesão a direito, relacionam-se, intimamente, com os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e com a vedação ao *bis in idem*.

Ninguém duvida de sua vigência e de que o *ius puniendi* se submete a eles. A questão é saber se o sentido que lhes vêm sendo dado é aderente à matriz de racionalidade do sistema constitucional instituído.

1.1.1 A Separação das responsabilidades civil e penal

O descumprimento de obrigações assumidas perante a Administração Pública – assim como perante outros entes –, pode dar lugar a consequências jurídicas de várias ordens. Trata-se, propriamente, de um dever jurídico sucessivo (responsabilidade) que decorre da violação de um dever originário (obrigação). A depender de onde esse dever provenha, ter-se-á uma ou outra espécie de responsabilidade³⁴.

A ideia de ilicitude que, grosso modo, diz com a contrariedade de uma conduta frente a uma norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito³⁵. A separação entre eles, porque convencional, é que levanta questões de maior complexidade³⁶. E a primeira cisão relevante, neste âmbito, foi – e é – aquela estabelecida entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

De plano, nada obstante, tem-se com Caio Mário da Silva Pereira que não haveria uma síntese capaz de compreender a responsabilidade civil, na sua inteireza. Tomando em

³⁴ Tal como ensina Sergio Cavalieri Filho, “[o]brigações são sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”; e, uma vez que “a responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 14 e 28).

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 28. No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo explica que “[o] ilícito é uma categoria jurídica, ou seja, não é uma noção privativa de nenhum dos ramos do Direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado. O mesmo autor acrescenta que: “o ilícito pode aparecer na esfera penal (homicídio, furto, estelionato, civil (prejuízos contratuais, danos à propriedade), administrativa (atos danosos, insubordinação, delitos contra a Administração), trabalhista (greves ilegais), e em outras disciplinas jurídicas; pode mesmo, em certos casos, enquadrar-se em mais de um ramo ou disciplina do Direito” (ARAÚJO, Edmir Netto. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23-24).

³⁶ Conforme adverte Enrique R. Aftalión, “[e]s un *datum* notório que, en todas partes, el Derecho se ofrece a la conceptualización teórica como dividido em ramas. Pero no es menos notório, a la luz de la Historia del Derecho y del Derecho Comparado, que ni el sentido de las divisiones, son motivo de apreciaciones concordantes. Bastaría recordar, ad exemplum, que el *ius civile* de los romanos era algo muy distinto de nuestro actual Derecho Civil, o la escassa o nula relevancia que en el orbe jurídico anglosajón se asigna a las divisiones del Derecho em público y privado, o em civil e comercial” (AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955. p. 79-80).

consideração os apontamentos de inúmeros autores, ele sustenta que “é difícil conter em uma frase concisa a amplitude da responsabilidade civil”³⁷.

Ressalvando que o Direito romano não chegou a construir uma teoria da responsabilidade civil, o citado autor diz que muito do direito moderno, nessa matéria, enraíza-se nas elaborações romanas. Segundo ele, a “ideia de punir o dano” remonta ao ordenamento mesopotâmico, enquanto o “conceito de reparação do dano causado”, com um sentido objetivo e independente de uma afronta a uma norma predeterminada, é um legado da civilização helênica. Conta, ainda, que a “noção básica de delito”³⁸ prevaleceu no início do antigo Direito romano, mas que, originalmente, a ideia predominante era a de vingança privada. Haveria vestígios disso na *Lex XII Tabularum*, apesar de já ser possível ver, também, marcas de uma intervenção do poder público voltada conferir uma disciplina específica a essa vingança³⁹. Nessa época, as responsabilidades civil e penal não eram diferenciáveis, conforme o mesmo autor⁴⁰.

O aspecto civil se dissocia do penal quando a autoridade pública passa a assegurar a punição do culpado, considerando-se interessada não só nas infrações que lhe diziam respeito, mas também naquelas que atingiam os particulares. A ideia de reparação, por outro lado, vai tomando corpo à medida que a *poena* vai perdendo o caráter de punição, ainda, conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira⁴¹. Mas os jurisconsultos romanos – apesar das figuras delituosas terem se revelado insuficientes para abranger todos as espécies de reparações que foram surgindo com o desenvolvimento da civilização romana –, nunca chegaram a instituir uma norma geral definidora da responsabilidade civil para ocupar o lugar da vingança privada. “Jamais distinguiram completamente a pena da reparação, ou da ideia de punição e,

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1-18.

³⁸ “Os *delicta* constituíram o fato genético da responsabilidade, com a caracterização de algumas figuras de delitos civis: *furtum, naxia et iniuria*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 3).

³⁹ “Tábua VIII, lei 2^a, onde se lê: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*. (...). Esta equivalência (*talio*) da punição do mal com o mal (*Lei do Talião*) esboça a perspectiva de uma composição ente a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (*talio esto*) na falta de um acordo (*ni cum eo pacit*). Aí já se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transacional: a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens. A ela segue-se a composição legal, em que, segundo Girard [Caio Mário trabalha esse assunto com base nas lições Paul Frédéric Girard], puniam-se, um tanto timidamente, as ofensas físicas à pessoa da vítima: *membrum ruptum* (ruptura de um membro), os *fractum* (fratura de um osso), *iniuria* (ofensas ordinárias) como violências leves, bofetadas, golpes”. Com base nisso, Caio Mário da Silva Pereira, diz que, para além da cogitação de casos concretos, não há, propriamente, um princípio da responsabilidade civil determinante” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4).

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 3-4.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4-5.

consequentemente, trataram como ideais consímiles a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal”⁴².

Sob a vigência da *Lei Aquilia*, que não derogou completamente a legislação anterior, Caio Mário conta que o Direito romano abriu seus horizontes⁴³, mas a intervenção do legislador permaneceu restrita a casos específicos, assim como a responsabilidade civil, por conseguinte. A multiplicação desses casos, porém, levou a que se admitisse, no “último estágio do direito romano”, hipóteses de reparação, pela via da *actio utilitatis causa*, mesmo quando não havia um corpo lesado (*corpus laesum*)⁴⁴.

Mais diretamente, o mesmo autor explica que teoria da responsabilidade civil incorporada aos Códigos modernos se relaciona com o Código de Napoleão; e diz que a ideia de “reparação” só começou a se desvincular da exigência de “casos especiais” a partir do século XVIII, com a enunciação, nos termos do art. 1.382, do Código Civil francês, de uma regra geral obrigando a pessoa a reparar todos os danos que uma outra sofresse por sua culpa⁴⁵.

Por outro lado, Caio Mário percebe que o direito brasileiro pré-codificado, nessa matéria, passou por três fases. A primeira, corresponderia à época em que vigoravam as Ordenações do Reino, com disposição prevendo que, para a solução de casos omissos, o direito romano deveria servir de subsídio, nos termos do art. 2º, da Lei da Boa Razão, datada de 1769. A segunda, teria sido iniciada com o Código Criminal de 1830, o qual, segundo ele, trazia a ideia de ressarcimento dentro do instituto da “satisfação”. A terceira, por sua vez, teria começado com Teixeira de Freitas se opondo a que a responsabilidade civil fosse confundida com a criminal, com nota ao art. 799, da *Consolidação das leis civis*, firmada no sentido de que “a satisfação do dano causado pelo delito passou para o seu lugar próprio, que é a legislação civil”⁴⁶.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 5.

⁴³ Segundo o autor, “[s]eu maior valor consiste em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 6).

⁴⁴ Caio Mário conta, também, que o elemento culpa integrou o conceito de responsabilidade civil durante toda a Idade Média, por influência do direito romano, mais especificamente daquele contido na própria *Lex Aquilia*, a qual previa ser necessário para a configuração do *damnum iniuria datum*, “I – *danmum*, ou lesão na coisa; II – *iniuria*, ou ato contrário a direito; III – *culpa*, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 8).

⁴⁵ Eis a previsão do mencionado art. 1.382, no original: “[t]out fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 8).

⁴⁶ Nas palavras de Caio Mário, Teixeira de Freitas se opunha “a que a responsabilidade civil fosse geminada à criminal”, mas talvez se possa dizer que o que ele, Teixeira de Freitas, dizia é que elas não deveriam se confundir (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9). Com efeito, o art. 799, da *Consolidação das leis civis*, dispunha que “[a] indenização em todos os casos será pedida por acção civil. Não se-poderá mais questionar sobre a existência do facto, e sobre quem seja seu autor, quando estas questões

Depois, a *Nova consolidação das leis civis* de Carlos de Carvalho, datada de 1898, voltou ao tema para afirmar que a responsabilidade civil independe da criminal, fundamentando-a no conceito de culpa⁴⁷. O Código Civil de 1916, por sua vez, consagrou a teoria da culpa, nos termos do art. 159⁴⁸; e o seu sucessor – o Código Civil de 2002 – contém uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único, do art. 927⁴⁹.

se-achem decididas no crime”; e para além do apontamento destacado por Caio Mário, a nota firmada por Teixeira de Freitas em face desse dispositivo, aponta que a satisfação do dano era questão, antes, afeta ao Código Penal, porque o Juízo Criminal tomava conhecimento da indenização, acrescentando que “[h]oje não é mais preciso declarar nas petições de queixa o vâlor do damno sofrido, conforme ordenava o Art. 79 § 2º do Cod. de Proc. Estão igualmente revogados o Art. 32 do Cod. Crim., e Art. 226 do Cod. do Proc; posto que a Circ. n. 183 de 18 de outubro de 1854 tenha decidido por modo diverso. Como é que a redução da satisfação do damno à prisão pôde sêr o effeito de uma sentença civil? Se não é effeito da sentença civil, também não é da sentença criminal, que nada julga sobre a indemnização. Como é que o Juiz criminal faz uma execução criminal sem sentença? Como se pôde convertêr uma questão civil em criminal do mesmo processo, principiando esse processo no Juizo civil, e acabando no Juizado criminal? Se a indemnização do damno proveniente do crime é hoje puramente civil, cahe na disposição humanitária da Lei de 20 de junho de 1774 § 19, e Ass. De 18 de agosto do mesmo anno”. Teixeira de Freitas partia – dentre outros – do seguinte pressuposto: “[a] violação de quasi todos os direitos pessoaes, que fazem parte do nosso patrimônio, só dão lugar á ações civis, e não á ações criminaes. Essa violação só pode partir da pessoa individualmente considerada. Quanto á outra parte da propriedade, a violação produz quase sempre acções civis. Quando produz acções criminaes, a sancção não é completa com a applicação da pena, falta a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno, o que consegue-se por acções civis. (...) A sancção dos delictos contra a personalidade,—contra os direitos de *liberdade e segurança*, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver damno resultante, cuja reparação é necessária, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se-faz preciso que entrem, segundo os princípios”. Ele ressaltava, porém que “sem restringir-se a significação da palavra *delicto* não seria possível traçar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal”; e, então, reconhecendo-lhe quatro significações (sendo a primeira, “toda a violação de direitos”; a segunda, “toda a violação de direitos com intenção malevola”; a terceira, “toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes”; e a quarta, “toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes com penas correccionaes”, a qual dizia ser “alheia do nosso Direito e da theoria da Sciencia; pertence toda ao Direito Francez”), dizia que “[a] primeira acceção é amplissima. Confrontada com as duas, que seguem em escala descendente, serve para no Direito Civil estremar as obrigações *ex delicio* de todas as outras obrigações dos contractos e quasi-contractos. As outras duas acceções separão o Direito Civil do Direito Criminal”. Ainda, sustentava que, “os direitos de personalidade, quaes são todos os que resultão do desenvolvimento de nossa liberdade, e que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restricções, como carece o direito de propriedade, restricções que os-harmonisão com as exigências do bem social; mas, se as explicações da propriedade pertencem em regra á Legislação Civil as outras entrão na esphera das Leis Administrativa e particularmente das Leis de Policia” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1, p. CIV-CVI, CLXII-CLXIII e 485). (Destaque no original)

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9-10. A *Nova Consolidação das leis civis* dispunha, neste aspecto, o seguinte: “art. 1013 – A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. § 1. Aquelles que a lei criminal considera não criminosos, isto é que não podem ser punidos nos termos do art. 27 do Codigo Penal, ficão por seus bens sujeitos a satisfação do mal causado. § 2. Das acções ou omissões que, embora contrarias á lei penal, são justificáveis, não resulta a obrigação de indemnisar o damno”; “art. 1014 – A obrigação de indemnisar o damno fica sujeito o autor ou causador, provando-se que houve de sua parte negligência, culpa ou falta que constitua, segundo direito, quase-delicto” (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899, p. 302-303).

⁴⁸ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9-10. Eis as previsões constantes do art. 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002: “Art. 927. Aquele que, por ato

Com explica Caio Mário da Silva Pereira, até deixar de ser meramente abstrata e teórica, a obrigação de reparar o mal interessava apenas à moral. Quando a ideia de uma efetiva reparação de dano surge é que o direito a coloca sob os seus cuidados; e, assim, constrói-se a teoria da responsabilidade civil⁵⁰. Então, a despeito da ressalvada dificuldade de fechá-la dentro de um conceito, o autor sustenta que a “responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”⁵¹, dizendo, ademais, que “[n]ão importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil”⁵².

Em linhas gerais, o que se poderia dizer acerca da responsabilidade civil, seguramente, é – mesmo – apenas isso, ou seja, que ela se atrela à ideia de ressarcimento a um dano. Cercar o conceito de dano, atribuindo-lhe limites objetivos, é o que parece ser difícil. Mesmo porque, no curso da história, ele assumiu diferentes conotações e não se pode dizer que alcançou – ou alcançará – uma estabilidade definitiva de sentido.

Depois de passar por várias fases, Caio Mário aponta que a doutrina da reparação dos danos chegou a um limiar de “mutualização dos riscos”. Os critérios de reparação foram se alterando para que a tal ponto se chegasse; e nesse rumo a teoria da responsabilidade civil segue marchando, com chance de ser subvertida em seus próprios fundamentos, na percepção dele. Ele acrescenta que a proteção à pessoa desempenha papel central no sistema de reparação civil contemporâneo, mas diz que, disso, pode decorrer algo até paradoxal, “tanto crescerá a necessidade de se garantir o ser humano dentro desse turbilhão evolutivo, que a ideia de responsabilidade civil se tornará insuficiente, e será substituída por novos conceitos, que atingirão a sua própria subsistência”⁵³.

A partir de uma perspectiva mais atenta à responsabilidade penal – embora não restrita a ela –, Klaus Günther percebe, nada obstante, que a responsabilidade é um conceito-chave das sociedades ocidentais contemporâneas⁵⁴; e, então, propõe que ela se torne reflexiva, de modo a

ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13-14.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 14.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 15-18; 18.

⁵⁴ Para demonstrar isso, o autor chama atenção para o fato de que a palavra responsabilidade aparece relacionada a situações cotidianas banais e, na sequência, coloca: “[q]uem assume o poder de governo em um Estado democrático constitucional é responsável perante o povo pelo exercício desse poder em conformidade com a Constituição, e não em detrimento do povo. Pais são responsáveis não apenas por sua própria saúde, mas também

que a própria imputação de responsabilidade seja compreendida como uma prática social que guarda, em si, significado, em oposição ao que as teorias jurídicas tradicionais pregam, quando vinculam o sentido da responsabilidade apenas à sanção jurídica aplicada. E, tornar esse processo de imputação reflexivo é “tomá-lo como uma escolha política deliberativa e não como a expressão de relações naturais ou como consequência inevitável da percepção social de riscos”⁵⁵.

A premissa é de que a própria imputação de responsabilidade – e não só a sanção ou a pena – transmite uma mensagem; e, por isso, tem-se que a decisão sobre ela, em vista das várias formas de resposta estatal possíveis aos conflitos, cumpre uma função. Para Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado, separando a imputação de responsabilidade da pena e desnaturalizando a sua junção, Günther mostra que elas ocupam diferentes âmbitos de decisão. Em vista das proposições do autor, elas, então, esclarecem que haveria dois momentos decisórios distintos: um, consistente na escolha das regras e critérios de imputação de responsabilidade; e, outro, na decisão sobre a responsabilização, em si. E, portanto, se a pretensão for a de que haja mais algum tipo de resposta do sistema, para além da comunicação da imputação, os cidadãos deverão realizar uma nova escolha, a partir da apresentação e da discussão de novas razões. Ou seja, nesse segundo momento, uma outra decisão teria lugar; e, agora, “sobre a pertinência e a ‘justiça’ de outras formas de intervenção estatal: reparar vítimas, oferecer possibilidades de ressocialização e, até mesmo, punir”⁵⁶.

pela de seus filhos. Por que se destacam expressamente tais fatos evidentes e espera-se que o público reaja a eles de maneira positiva? É natural supor que a ‘responsabilidade’ constitua um conceito-chave, a indicar mudanças profundas na autocompreensão e no estado de espírito das sociedades modernas. Não se trata apenas da conjuntura do conceito, pois ligadas a isso há regras e instituições que estabelecem e organizam a distribuição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade, bem como entre os cidadãos” (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2)

⁵⁵ Essa é a percepção que as tradutoras Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado manifestam acerca dos textos desse autor compilados na obra *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*, a qual foi, também, por elas prefaciada (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. VIII)

⁵⁶ As mesmas autoras acrescentam que, “[o] importante é perceber que essas outras formas de resposta estatal destacam-se da imputação e se justificam por ter uma outra função”; e que “[s]e nenhum desses exemplos citados por Günther poderia ser chamado de pena, pois não têm o caráter de inflição de um mal, isso também não significa que ele descarta, a princípio, que uma sociedade possa e queira, além da comunicação da imputação, lançar mão da pena. Günther apenas chama a atenção para o fato de que isso merece uma fundamentação diferente daquela que explica a decisão sobre a imputação. (...). Ao destacar imputação de punição, Günther aponta a necessidade de que uma discussão sobre os fundamentos e as razões da punição seja levada a sério. Que a pena não seja vista como decorrência natural da culpa e que, portanto, a discussão sobre seu fundamento não seja obscurecida” (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXII-XXIII).

Com efeito, no contexto de uma democracia deliberativa, em um Estado de Direito, Günther⁵⁷ entende que os destinatários da norma não estão obrigados a lhe aceitar internamente ou a obedecer em razão de sua compreensão, porque a liberdade – que resulta da separação entre a moralidade e a legalidade da obediência das normas e se liga ao poder de coerção – de, intimamente, rejeitá-la e apenas obedecer externamente, mantém-se. A única coisa que sustenta esse dever de obediência externa, na visão dele, é “o direito e a possibilidade fática que cada indivíduo possui de tomar de parte no processo de formação da vontade, e não sobre o ‘como’ e o ‘se’ do exercício individual desse direito”⁵⁸; e isso vale tanto para as normas de conduta, quanto para as regras de imputação com base nas quais se diz que alguém deve responder por sua violação.

Então, tendo por assentado que a própria imputação de responsabilidade individual a uma pessoa, em face de uma ação ou da consequência de uma ação, corresponde a uma ação social, o autor traz reflexões sobre a imputação, em si, de enorme relevância. Esse ato, segundo ele, consuma-se com a prolação da sentença, especialmente, quando, por ela, o réu é considerado culpado. No âmbito de uma “sociedade de responsabilidade”, diz que essa sentença tem importância maior do que a própria pena, além de assumir, ao menos, quatro significados. A todos – delinquente, vítima e sociedade –, genericamente falando, transmite-se a mensagem de que permanece existindo bons motivos para assegurar a validade da norma, mas, a cada um, especificamente falando, uma outra mensagem adicional é transmitida. Ao delinquente, a sentença condenatória diz que a violação da norma corresponde ao um erro que é só seu; e que se não estende às circunstâncias da situação, da natureza, do destino ou da sociedade. Com a afirmação do delito e a imputação de responsabilidade individual ao delinquente, de outro lado, comunica-se à vítima que a lesão sofrida não é consequência de má sorte ou de um erro pelo qual ela própria haveria de responder. A sociedade, a seu turno, fica eximida de qualquer responsabilidade sobre o ilícito que, para além de não poder ser atribuído ao azar ou outros fatores dessa ordem, fica atrelado, única e tão somente, à ação de uma específica pessoa de direito⁵⁹.

⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18-19.

⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18-19.

⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20-22.

Quando a sentença condenatória é percebida como um “ato performativo de responsabilização”, o peso interventivo que ela carrega, em si, fica claro, como mostra o autor; e não só porque a pessoa “pode ser detida e forçada a tolerar a imputação em um procedimento formalizado e aceitá-la após o trânsito em julgado”⁶⁰. Na visão de Günther, a sentença – notadamente a penal – é uma “sentença de *status*”. Por meio dela, uma pessoa é publicamente apontada como culpada por um ato ilícito. E essa é uma intervenção que, sozinha, exige legitimação, sendo, imperativa, portanto, a indagação acerca de quais seriam as condições a justificar a imputação individual da violação de uma norma a uma pessoa de direito e torná-la publicamente responsável por isso⁶¹.

Em um cenário onde a nitidez das distinções que deveriam demarcar – restringindo, em tese – os campos de manifestação das tradicionais espécies de responsabilidade, só diminui, ao passo que as vias de intervenção crescem progressivamente, esse questionamento se torna, não só, mais relevante, como transborda os limites de uma reflexão puramente penal⁶².

Mesmo porque, se, na teoria, o ressarcimento do dano deveria ter lugar apenas dentro da responsabilidade civil e a inflição de um mal – com caráter pessoal⁶³ – apenas no âmbito da responsabilidade penal, não é isso o que acontece, na prática. Além do direito penal se colocar como via de acesso para a reparação do dano – daqueles materiais, propriamente –, tem-se, também, outros espaços de manifestação do poder coercitivo estatal lançando mão de uma alta carga aflitiva imaterial.

1.1.2 A Sanção administrativa e a responsabilização por atos de improbidade

⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁶¹ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21-23.

⁶² Por sinal, vale, neste ponto, o alerta que fazem Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado, no sentido de que, “embora o autor concentre seus esforços de particularização das consequências de sua teoria da responsabilidade no nível da dogmática jurídica do direito penal e venha se inserindo diretamente nos debates dessa área do direito, sua teoria, como se percebe pela leitura de Responsabilização na sociedade civil, pretende abarcar muito mais do que somente a responsabilidade penal” (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXV).

⁶³ Lembrando-se aqui de Edmir Netto de Araújo, quando aponta que a *responsabilidade civil* é geralmente entendida como responsabilidade patrimonial, enquanto a *responsabilidade penal* seria pessoal (ARAÚJO, Edmir Netto. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 24).

A importância da administração pública, porque voltada ao atendimento das necessidades coletivas, as quais, por sua vez, relacionam-se, sempre de forma crescente, com inúmeros e conflituosos interesse, justificaram, não só a atribuição de um *ius puniendi* ao Estado, mas, também, a consolidação do que se convencionou chamar de potestade administrativa sancionadora⁶⁴. Para fazer cumprir as suas funções, agentes públicos não vinculados à esfera judicial, munidos dela, estariam autorizados a empregar, também, força coercitiva. Daí decorreria, em termos gerais, uma espécie de responsabilidade administrativa a incidir sobre entes públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas, nos âmbitos político, disciplinar, fiscal, regulatório etc.

A imposição de sanções administrativas visaria, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵, “desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias”⁶⁶, sempre com vistas a ordenar e organizar a vida e o convívio social. Fábio Medina Osório, sem destoar, acrescenta que ela, a sanção administrativa, independentemente de ser imposta pela via administrativa ou jurisdicional, seria o conteúdo de um ato sancionador voltado a reprimir a prática de um ilícito administrativo, comissivo ou omissivo, “consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e *pro futuro*, conforme as regras e princípios do direito administrativo, (...), traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres”⁶⁷.

⁶⁴ Na realidade, conforme ensina Alejandro Nieto García, todas a atividades públicas partem, necessariamente, de uma potestade e de um ordenamento. Sobre a potestade administrativa, propriamente, o autor explica e se posiciona no sentido de que “es tan antigua como esta misma y durante varios siglos ha sido considerada como un elemento esencial de la Policía. A partir del constitucionalismo, sin embargo, cambiaran profundamente las concepciones dominantes, puesto que el desprestigio ideológico de la Policía arrastró consigo inevitablemente el de la potestad sancionadora de la Administración, cuya existencia terminó siendo negada en beneficio de los Jueces y Tribunales, a los que se reconocía el monopolio estatal de la represión. Los tiempos, con todo, han seguido cambiando y hoy casi nadie se atreve ya a negar la existencia de tal potestad – puesto que sería negar la evidencia –, aunque abunden los reproches nostálgicos y se abogue ocasionalmente por el mantenimiento (o restablecimiento) del monopolio judicial, al que se atribuye – cerrando los ojos a la realidad – el compendio de todas las perfecciones, incluidas las de la justicia, economía y eficacia” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 24).

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 872.

⁶⁶ Em termos aproximados, Daniel Ferreira sustenta que “as sanções administrativas têm por finalidade desestimular comportamento (típicos, antijurídicos e, pois) reprováveis no âmbito da Administração Pública”, conceituando-as (formalmente, segundo ele) como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser ordinária e vinculadamente imposta no exercício da função administrativa, em razão da incursão de alguém em um comportamento previsto normativamente como reprovável” (FERREIRA, Daniel. *Infrações e Sanções Administrativas*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 624-674).

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 200-201.

Além disso, o mesmo autor sustenta que, em termos empíricos, o “efeito aflitivo” desse ato seria o seu elemento objetivo, tal como o da pena⁶⁸. Na visão dele, “toda sanção deve carregar um ‘efeito aflitivo’, e esse efeito é algo necessário para que se considere uma determinada medida como tendo natureza sancionatória”⁶⁹.

No que diz com o dever de probidade que obriga quem quer que intervenha sobre a administração pública, a responsabilidade administrativa que conduz à aplicação de sanções dessa ordem, ocupa, não um, mas alguns espaços. Ela tem, ainda, outras hipóteses de cabimento, mas, para a presente análise, o recorte importante é esse: a responsabilidade administrativa que cerca os denominados atos de improbidade.

Além das responsabilidades reconhecidas como penal e civil, os agentes públicos e os particulares que se relacionam com a Administração, sujeitam-se, nesses casos, a controles para a apuração de responsabilidade administrativa que podem internos e externos (no que refere à entidade competente) e preventivos ou repressivos (em termos de finalidade). A fiscalização que é feita através dos canais de ouvidoria e dos Tribunais de Contas, assim como as regras de *compliance* e as disposições de conteúdo disciplinar integrantes dos estatutos funcionais e dos códigos de ética, teria o objetivo primário de **prevenir** a ocorrência de atos de improbidade. Por outro lado, a investigação e a aplicação de sanções em processos administrativos disciplinares, no âmbito os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); no bojo de processos a cargo das Casas Legislativas e dos Tribunais de Contas que compõem o Poder Legislativo; e nos processos judiciais, com distribuição de competência determinada em razão da matéria (ditas cível ou criminal), teria o central intuito de **reprimir** atos de improbidade já praticados⁷⁰.

Todos esses mecanismos de controle integram o Direito Administrativo Sancionador, dado que ele “não se esgota no campo da atividade jurídico-administrativa da Administração Pública, se entendida como sinônimo de Administração Pública Direta e Indireta, vinculada ao

⁶⁸ Em sentido aproximado e de forma bem objetiva, Lucía Alarcón Sotomayor aponta que “las penas y las sanciones administrativas son por igual castigos” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014).

⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 200-201. Tal como observa Helena Regina Lobo da Costa, “[o] aspecto aflitivo da sanção administrativa é tão marcado que ele integra seu conceito, delineado como uma medida aflitiva, imposta em razão da prática de um ato ilícito, pela administração pública” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livro Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 150).

⁷⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 25-27.

Poder Executivo dos entes federativos”⁷¹; e compreende, também, a atividade sancionadora realizada no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, segundo José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Mussetti Grotti. Haveria, dentro de uma classificação trabalhada por esses autores, por exemplo, um **Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Parlamentar, um Direito Administrativo Sancionador de Controle Externo, um Disciplinar Judicial, um Eleitoral**, dentre outros⁷².

As sanções que, propriamente, decorreriam de atos de improbidade, na forma do art. 37, § 4º, da Constituição – e cuja aplicação incumbe ao Poder Judiciário, na forma da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa –, estão situadas dentro do que os mesmos autores denominam **Direito Administrativo da Improbidade**. Tratando-se, segundo eles, de um “sistema de responsabilização geral e autônomo [de caráter não penal] de agentes públicos e terceiros (pessoas físicas e jurídicas) que atentam contra bens jurídicos conformadores da probidade na organização do Estado”⁷³.

Nada obstante, inexiste consenso na doutrina sobre qual vem a ser, efetivamente, o caráter das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, comumente denominada como LIA.

José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Mussetti Grotti sustentam que “[a]s normas disciplinadoras da improbidade administrativa conjugam normas jurídicas de direito material (sujeitos passivos, sujeitos ativos, ilícitos, sanções, prescrição etc.) e normas jurídicas de direito processual (ação, fase de admissibilidade, medidas cautelares etc.)”⁷⁴; e que

⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 27.

⁷² Segundo os autores, “[n]o âmbito do Poder Legislativo, e de sua Administração Direta, a submissão desta ao regime constitucional da Administração Pública (artigo 37, caput CF) implica a inserção e a submissão de provimentos sancionatórios ao ordenamento jurídico sancionador. Atividade sancionatória relacionada com a gestão de carreiras, de licitações, de contratos, de utilização de bens públicos, esta atividade representa o exercício de função administrativa típica, no caso, de caráter instrumental, considerando a função legislativa como a principal dos Poderes Legislativos. Essas sanções são expedidas por órgãos legislativos, mas revelando a autonomia administrativa dos mesmos e cristalizando este exercício de função administrativa, estão abrangidos pelo DAS [Direito Administrativo Sancionador]” (...). No âmbito do Poder Judiciário, também há necessidade de distinguir as sanções sob a égide do Direito Administrativo Sancionador, de outras manifestações sancionatórias. Relativamente à matéria de gestão de pessoal, de licitações, de contratos e de utilização de bens públicos, consubstanciando exercício de função administrativa típica, esta se insere no campo do DAS” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020).

⁷³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 98-99.

⁷⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 100-101.

“[a]s normas de direito material do domínio da improbidade disciplinam a responsabilidade de agentes públicos e, por este critério de matéria, estas normas de direito público devem ser consideradas de Direito Administrativo”⁷⁵.

Fábio Medina Osório, no mesmo sentido, sustenta que “[o] ilícito da improbidade administrativa, desenhado na Constituição Federal, tem natureza administrativa, sendo administrativas as suas sanções”⁷⁶, a despeito daquele “efeito aflitivo” que lhes atribui e do grau de interdisciplinaridade que reconhece envolver o tema.

Francisco Octavio de Almeida Prado, mais ou menos no mesmo sentido, diz que “as hipóteses de improbidade administrativa diferem das faltas disciplinares, mas, tal como estas, pertencem ao direito administrativo – muito embora a aplicação das penalidades não esteja ao alcance da Administração, privativa que é do Poder Judiciário”⁷⁷. No entendimento dele, os atos de improbidade administrativa ocupariam uma posição intermediária entre as infrações penais e as faltas disciplinares, sem se confundir com nenhuma delas⁷⁸.

Fábio André Guaragni, de outro lado, diz ser evidente que a Lei de Improbidade Administrativa tem um pouco de Direito Civil, porque impõe a reparação do dano; um pouco de Direito Penal, porque contempla medidas restritivas de direito, similares àquelas previstas no Código Penal; também, mostra de Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, embutidas nas ideias de perda do cargo e controle da atividade administrativa, no sentido de uma autopreservação da estrutura do Estado, que leva a que a atividade administrativa se torne fim em si mesma; e, ainda, consequências políticas que se sobrepõem àquelas decorrentes do crimes de responsabilidade⁷⁹. Além disso, o autor aponta que a Lei de Improbidade e o Direito Penal “sintetizam modelos de controle social e manifestações de um poder punitivo estatal de caráter geral”⁸⁰, sendo espécies de um mesmo gênero de poder; e que há sobreposição parcial

⁷⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 101.

⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 207.

⁷⁷ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.

⁷⁸ Na percepção dele, ainda, “tanto quanto os delitos, os atos de improbidade administrativa contêm uma conotação infamante, ensejando uma particular reprovação social que não se observa, de ordinário, na generalidade das infrações administrativas” (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23-24).

⁷⁹ 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: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 1-29.

⁸⁰ 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: DINIZ, Cláudio Smirne;

das metas de proteção do Direito Penal em todas as imputações previstas na Lei de Improbidade e superposição de reações. Segundo ele, “[b]asicamente, tudo que está contido na Lei de Improbidade também está previsto no Direito Penal como reação”⁸¹.

Mas apesar de tudo, a tese que orienta a atuação das várias instâncias de manifestação do poder coercitivo do Estado é a de que elas são autônomas e independentes, quase que inteiramente, umas das outras. E a tutela da probidade administrativa, seja pela via do Direito Penal, seja pela via do Direito Administrativo Sancionador, compreende inúmeros diplomas legais e competências concorrentes, que, não raro, incidem, sobre os mesmos atos, sem que a intervenção de um exclua a do outro.

Na prática, os casos que atraem a incidência da Lei da Improbidade Administrativa podem, também, ensejar a aplicação das penas e sanções previstas, por exemplo – apenas para citar alguns –, no Título XI, do Código Penal, que versa sobre os crimes contra a Administração Pública; no Capítulo II-B, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, recém promulgada para substituir a Lei nº 8.666/1993), que tipifica os crimes em licitações e contratos administrativos; nos diplomas que dispõem sobre os crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-lei nº 201/1967, por exemplo); na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013); nos Estatutos de Servidores Públicos (Lei nº 8.112/1900, no caso dos servidores da União, autarquias e fundações públicas federais); e nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas (Lei nº 8.443/1992, no caso do Tribunal de Contas da União).

1.1.3 A Independência entre as instâncias e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

É prevalente na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento de que um princípio de independência entre as instâncias acobertaria o exercício do poder repressivo detido Estado, nos variados campos de responsabilidade em que se manifesta. Um dos dispositivos constitucionais apontados, com maior frequência, como base para isso é o § 4º, do art. 37. Em termos literais, ele estabelece que “os atos de improbidade administrativa

ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 14.

⁸¹ 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: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 17.

importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O Código Civil de 1916⁸² já previa que a responsabilidade civil era independente da criminal (art. 1.525⁸³), mas foi depois da Constituição de 1988 que uma gama de leis de conteúdo sancionador, que se repetem em termos de qualificação das condutas reprováveis e das sanções incidentes – e afirmam, direta ou indiretamente, essa independência –, começou a ser editada.

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

O art. 12, da LIA, antes de definir a quais cominações está sujeito o responsável por um ato de improbidade⁸⁴, ressalta, expressamente, no *caput*, que elas se aplicam, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

A Lei nº 8.112/1990, por sua vez, estatui no art. 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Se esse diploma tivesse partido de uma formulação que levasse a que essas sanções não se confundissem, na prática, poder-se-ia dizer que ele respeita uma diretriz de independência entre instâncias que não, necessariamente, conduziria à cumulação⁸⁵.

⁸² O Código Penal de 1890 previa no art. 31, “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil”, mas essa disposição não foi reproduzida no Código de 1940, nem na reforma de 1984; e acabou migrando para o Código Civil de 1916.

⁸³ Estabelecendo, não obstante, como exceção, a hipótese de ser negada a existência do fato ou quem seja o seu autor, pelo juízo criminal. Por sinal, esta é, ainda hoje, uma das únicas hipóteses de comunicabilidade da decisão criminal (conforme o disposto no art. 935, do Código Civil de 2002; e no art. 126, da Lei nº 8.112/1990). Para além dela, apenas se tem a previsão do art. 65, do Código de Processo Penal, no sentido de que: “[f]az coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”; mas a previsão contida no subsequente art. 66 (já em vigor quando da promulgação da Constituição de 1988), é a seguinte: “[n]ão obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁸⁴ As quais incluem, com gradação variada, para além daquelas previstas na Constituição, (i) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) o pagamento de multa civil em percentual a ser calculado sobre o valor desse acréscimo; e (iii) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, na forma dos incisos I, II, III e IV.

⁸⁵ Por sinal, tratando de matéria ambiental, a Constituição, no art. 225, § 3º, traz disposição semelhante, *verbis*: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

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

Um ato capaz de dar causa à demissão de um servidor poderia não ensejar, obrigatoriamente, a propositura de uma ação; e, nesse caso, a instância administrativa teria autonomia para solucionar a questão⁸⁶. Agora, mirando em um ato passível de demissão que também pudesse ensejar a instauração de processo judicial, o qual, da mesma forma, poderia resultar na demissão do servidor, não é de se descartar que o legislador tenha – mesmo – pretendido estender os efeitos da decisão absolutória à esfera administrativa, por questão de coerência. Afinal, poder-se-ia ter, de outro modo, o mesmo Estado, por diferentes agentes, manifestando posições antagônicas.

Nada obstante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que o dispositivo legal em questão deve ser interpretado à luz do artigo 935, do Código Civil e do artigo 65, do Código de Processo Penal, de modo que a decisão judicial apenas repercutiria na via administrativa nessas hipóteses, “pois, a aceitar-se outra interpretação, estar-se-ia pondo fim à independência entre as instâncias penal e administrativa, com manifesta ofensa ao princípio da separação dos poderes”⁸⁷.

Fábio Medina Osório se alinha ao entendimento de que a independência entre as instâncias se associa ao princípio da separação dos poderes – consagrado no art. 2º, da Constituição da República –, diz que ela ostenta normatividade constitucional e reputa se tratar de um princípio basilar do direito punitivo. Sustenta, porém, que “[a] multiplicidade de órgãos de controle dotados de competências semelhantes ou análogas, para perseguir os mesmos fatos, fragiliza direitos fundamentais e gera grave insegurança jurídica”⁸⁸, indo ao ponto de sugerir que “o fenômeno da inter-relação entre as instâncias deveria demandar o enfrentamento de questões prejudiciais ou mesmo fáticas de forma absolutamente harmônica e coerente”⁸⁹; e de

Aqui, ao que parece, o legislador constituinte condiciona a independência da aplicação a uma distinção entre as sanções.

⁸⁶ Por não ter satisfeito os requisitos do estágio probatório, por exemplo.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 617. Esta permanece sendo a posição da autora, conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 781.

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112, p. 96.

⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112, p. 96.

dizer que “[a]os Poderes, órgãos e entes com esferas de abrangência comum como interdependentes, é recomendado profícua coordenação ou cooperação institucional”⁹⁰.

A despeito disso, porque seria, em tese, paralelamente, cabível uma ação penal para castigar atos ímprobos descritos na Lei de Improbidade Administrativa, o autor entende que, neste âmbito, “tem-se um tratamento normativo que opta pela independência entre as instâncias de modo singular”⁹¹; e, por isto, na visão dele, essa lógica de inter-relação entre instâncias não seria extensível aos casos de improbidade.

Também há autores que, de certa forma, tomam essa propugnada independência como um dado posto, isto é, sem relacioná-la com qualquer construção dogmática. Apesar de dedicar um tópico específico ao tema na obra em que comenta a Lei de Improbidade, Marino Pazzaglini Filho, por exemplo, apenas afirma que “[a]s instâncias civil e penal são autônomas”⁹², mencionando, depois, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Marcelo Figueiredo, na mesma linha, diz que “[s]ão três as esferas ou jurisdições passíveis de responsabilidade: a administrativa, a civil e a penal”, que atuam, “em princípio, com relativa independência”⁹³. E esse “relativa” se liga somente à menção que ele faz das hipóteses de absolvição criminal por negativa do fato ou da autoria.

Por outro lado, pensando na pena (criminal) e na sanção administrativa, Daniel Ferreira⁹⁴ apenas diz não enxergar qualquer proibição para a cumulação de consequências restritivas de direito, seja na Constituição ou na lei. Em sentido consonante – e, precisamente, com base na previsão contida art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição –, Waldo Fazzio Júnior aponta que as sanções decorrentes da LIA são cumuláveis com outras “sanções penais decorrentes de processo por delitos correlatos e, inclusive, sanções de natureza administrativa”⁹⁵, sendo que, depois de afirmar que “[n]ão é de hoje que o ordenamento jurídico consagra a independência entre as esferas administrativa, cível e penal”, ele se posiciona no sentido de que, por conta disso, “mesmo que a ação de improbidade tenha por fundamento fatos

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112, p. 96.

⁹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 341.

⁹² PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 149.

⁹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

⁹⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

⁹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 501-502.

idênticos aos já analisados em outras instâncias não há que se falar em *bis in idem*, nem tampouco na indevida intromissão do Judiciário na esfera de atribuições privativas do administrador, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias”⁹⁶.

Ainda, com foco nos estatutos funcionais e mencionando, diretamente, a Lei Federal nº 8.112/1990, Wallace Paiva Martins Júnior sustenta que a LIA não os revogou, “no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à probidade administrativa”⁹⁷ – justo –, porque “[s]ão esferas distintas e independentes de repressão”⁹⁸. Por isso, segundo ele, “[a]s hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal”⁹⁹.

Agora, já de uma outra perspectiva – aparentemente, mais refletida e crítica –, José Roberto de Oliveira Pimenta e Dinorá Adelaide Musetti Grotti vêm trabalhando os atos de improbidade (dentro de uma categoria denominada **Direito Administrativo Sancionador da Improbidade**), a partir de um conceito de “sistema de responsabilidade”, que corresponde, segundo eles, a um “conjunto de normas jurídicas que delinham, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas contra o sujeito infrator e/ou responsável”¹⁰⁰; e leva em consideração, para tanto, “a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou interesses públicos constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa”¹⁰¹. Para esses autores, por se tratar de um sistema e de uma espécie de subconjunto normativo, esse conjunto deve estabelecer plexos de coerência e unidade, em vista da finalidade a que se destina, além de uma “prévia conformação às injunções principiológicas superiores – materiais e formais – contidas na Constituição”¹⁰².

Ademais, depois de situarem as infrações e sanções administrativa, especificamente, dentro de um **sistema de responsabilização administrativa**, os autores sustentam que o

⁹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 501-502.

⁹⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

⁹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

⁹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

¹⁰¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

¹⁰² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

conceito mais amplo de **sistema de responsabilização** – que se encaixaria em um outro, qual seja, o de **política pública de conformidade de condutas** –, “consegue albergar todos os institutos que sistematicamente devem ou podem ser utilizados pelo Estado na busca de efetividade do Direito”¹⁰³. Então, sustentam não ser possível defender que haja livre escolha legislativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, “inclusive para o fim de legitimar situação de substituição completa da necessária intervenção penal por regime jurídico-administrativo sancionador em certas situações (hipóteses indevidas de descriminalização absoluta)”; e que “[o] contrário igualmente é válido”¹⁰⁴.

Em conformidade com essas ideias, coloca-se, também, a irresignação manifestada por Maíra Rocha Machado em face da departamentalização do saber jurídico, por perceber que o desenvolvimento de pesquisas voltadas a compreender os procedimentos de responsabilização alocados nas diferentes esferas do direito e o modo como se articulam, sobrepõem-se e se complementam, é prejudicada por uma “rígida fragmentação da produção de conhecimento em ‘áreas jurídicas’”¹⁰⁵.

Orientando-se pela mesma lógica de raciocínio que é empregada por Klaus Günther¹⁰⁶ – o que se vê pela premissa da qual ela parte (“[t]anto o reconhecimento da violação quanto a imposição de consequências dependem da decisão de uma autoridade competente em um procedimento também regulado pelo direito”¹⁰⁷) –, a autora sugere a necessidade de que a tradicional organização do direito em áreas jurídicas seja afastada, para se pensar os arranjos

¹⁰³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 105.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020, p. 106.

¹⁰⁵ MACHADO, Maíra Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir et al (Org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013, p. 177-200. Neste ponto, vale mencionar algumas das colocações que Enrique R. Aftalión faz, logo depois de se posicionar no sentido de ser inconveniente proclamar no campo da ciência jurídica princípios absolutos e soluções definitivas, uma vez que ela versa sobre objetos de cultura; e de dizer que “el conocimiento de lo cultural no se cierra en ningún momento, sino que más se afina y aumenta, mejor se comprende, cuantas más veces el espíritu vaya dialécticamente del sustrato del objeto cultural hacia su sentido y vice-versa”. Ele menciona exemplos do que chama de pseudoproblemas decorrentes da autonomia que se atribui a certos setores do saber jurídico e, então, afirma que “todo depende del alcance que se assigne a la palabra *autonomía*. Si sólo se significa con ella la conveniencia de su independización docente, com fines didácticos, nada hay que objetarle. Pero no estimo correcto hablar de nuevas *ciencias*, de *autónomas ramas del saber*, cada vez que encontremos critérios contingentes para efectuar nuevas parcelaciones sistemáticas de los datos dogmáticos de um ordenamiento jurídico. Por esta vía, nos es difícil llegar a una atomización rayana en lo absurdo” (AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 3-5).

¹⁰⁶ Citado no item 1.1.2.

¹⁰⁷ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 260.

normativos que se formam no interior delas, no contexto do que convencionamos chamar de “programas- jurídicos sancionatórios”¹⁰⁸.

Ela não vê a incidência de múltiplos programas sancionatórios como algo, necessariamente, problemático, mas aponta que o quadro de possibilidades de interação desses diferentes programas é determinado pelo significado que se atribui a dois de seus componentes: a “independência entre as esferas” e o *ne bis in idem* (“não duas vezes o mesmo”)¹⁰⁹.

Efetivamente, a depender da dimensão que essa independência alcance, a resposta para o que, exatamente, não pode ser repetido, muda (se a qualificação jurídica, o processo e/ou a sanção). Para dizer se essa proibição de cumulação se restringe ao programa sancionatório penal ou se abrange os demais programas, a mesma variável impacta. E ainda outras indagações podem, eventualmente, ter solução vinculada a isso.

Porém, diferente do que se tem com relação ao *ne bis in idem* – porque previsto em convenções internacionais, inclusive –, a análise da chamada “independência entre as instâncias” não conta com o suporte de uma vasta elaboração conceitual, como, de plano, observa Maíra Rocha Machado. No contexto brasileiro, segundo a autora, a consolidação dessa máxima – se assim se pode chamar – resultou, basicamente, de um duplo movimento: “o processo de diferenciação entre as esferas civil e penal no final do século XIX e início do século XX e, mais recentemente, a expansão do direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, das hipóteses de incidência simultânea ao direito penal”¹¹⁰.

A questão, como se vê, é da maior importância e reclama aprofundamento, até para descartar, se for o caso, a hipótese de que essa máxima esteja sendo – ou possa ser – empunhada como mero argumento de autoridade. Por que apenas como o produto acabado de um duplo movimento, em si, inacabado – e sobre o qual, ademais, pesam sérias reservas –, não se pode admitir que ela seja tida como possuidora de uma base de sustentação consistente.

¹⁰⁸ Com essa expressão, ela procura descrever, tal como afirma, “os arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do direito e que estabelecem, ao menos, *normas de comportamento* (as proibições), *normas de sanção* (as conseqüências) e *normas de processo* (quem e como pode afirmar que a proibição foi violada e impor uma conseqüência)”. Entende que, “ao se adotar como lente de leitura um dado ‘programa jurídico sancionatório’, e não uma área do direito, evita-se projetar sobre um determinado conjunto de normas as características atribuídas à área do direito (se é norma penal, é mais grave, justamente por ser penal), bem como se favorece uma observação mais fina e acurada do conteúdo das normas estudadas – a improbidade “é administrativa”, mas o procedimento se dá perante o juízo “civil” e, observando bem, há normas do Código de Processo Penal que devem ser acionadas em determinadas situações, como nos casos de depoimentos do alto escalão do Executivo, membros do Judiciário e do Legislativo” (MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 260-261).

¹⁰⁹ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

¹¹⁰ MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S.l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 272.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte Constitucional brasileira, a questão da independência das instâncias aparece, muitas vezes, discutida em face da perda da função pública, do cargo ou mandato, medidas essas que são tratadas ora como sanção político-administrativa, ora como efeito de condenação criminal. Da interpretação conferida aos dispositivos constitucionais e legais incidentes na hipótese, algumas formulações se abrem.

Primeiro, tendo-se o Estatuto dos Servidores da União (a Lei nº 8.112/1990) como referente específico, coloca-se sob análise a previsão contida no art. 41, § 1º, da Constituição da República, a qual estabelece, no que interessa, que “o servidor público estável só perderá o cargo” em duas circunstâncias, quais sejam, “em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (inciso I); ou “mediante processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa” (inciso II).

No âmbito penal, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo não se insere, propriamente, no rol das aplicáveis aos crimes contra a Administração Pública, mas pode ser um dos efeitos da condenação, na forma do art. 92, inciso I, do Código Penal, na seguintes situações: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública” (alínea *a*); e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos” (alínea *b*).

Nos casos sujeitos à aplicação da LIA, por outro lado, tem-se que a perda da função pública¹¹¹ – assim como a suspensão dos direitos políticos – só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do art. 20¹¹², o qual se alinha ao disposto no art. 15, inciso V, da Constituição¹¹³.

Portanto, ao que parece, destituir o agente da função pública que ele exerce, nas situações fáticas enquadráveis na LIA ou no Código Penal, só é possível, em regra, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em outras hipóteses, condutíveis ao disposto no inciso II, do art. 41, § 1º, da Constituição, basta assegurar, antes, ampla defesa em processo administrativo.

¹¹¹ Uma das sanções aplicáveis aos agentes que praticarem ato de improbidade, por disposição expressa do art. 37, § 4º, da Constituição.

¹¹² Nada obstante o parágrafo único desse dispositivo autorize o afastamento do agente em caráter liminar, para garantia da instrução processual, nos seguintes termos: “art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

¹¹³ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

No rol de casos passíveis de demissão, a Lei nº 8.112/1990 elenca atos dos mais diversos, dentre os quais aparecem crimes contra a administração pública, atos de improbidade administrativa (tanto por menção genérica, quanto por repetição da conduta tipificada¹¹⁴) e outros.

Uma cogitação viável seria a de que, pela prática desses outros atos, o agente poderia perder a função, independentemente da existência de uma sentença condenatória definitiva. Quanto aos demais, seria ela um requisito inafastável, com respeito ao princípio da presunção de inocência¹¹⁵.

Mas não é nesta direção que o entendimento da Corte Constitucional caminha. Ao contrário, inúmeras são as decisões que afirmam que “é tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92”¹¹⁶; e que “nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte, são independentes as instâncias administrativa, cível e penal, excepcionando-se apenas as hipóteses em que é reconhecida, no âmbito penal, a negativa da autoria ou da materialidade do fato”¹¹⁷.

Já se chegou a dizer, textualmente, em um caso decidido por unanimidade de votos¹¹⁸ – o qual tinha por objeto, precisamente, demissões decretadas na via administrativa pela suposta prática de atos de improbidade –, que “[o] fato de a comissão se valer do rol descrito nos incisos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 a fim de caracterizar a prática de ato de improbidade não desconfigura o caráter administrativo-disciplinar da pena de demissão”¹¹⁹; que as sanções previstas na LIA “não se confundem como as sanções de natureza administrativa aplicadas aos

¹¹⁴ Eis o texto do dispositivo em questão: “art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117”.

¹¹⁵ Consagrado tanto pelo art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), quanto pelo art. 41, § 1º, I, ambos da Constituição.

¹¹⁶ Nestes específicos termos, dentre outros: STF. MS nº 22899/SP. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJ de 16/05/2003 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392381/false>>. Acesso: 26/02/2021); e STF. MS nº 34420/DF. AgR. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ de 19/05/2017 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur367850/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹¹⁷ STF. RMS nº 35469 AgR/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Segunda Turma. DJ de 11/03/2019 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399308/false>>. Acesso: 26/02/2021).

¹¹⁸ STF. RMS nº 24194/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. DJ de 07/10/2011 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199656/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹¹⁹ STF. RMS nº 24194/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. DJ de 07/10/2011 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199656/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

servidores pela prática de ilícitos funcionais previstos na Lei nº 8.112/90”¹²⁰; e que é insubsistente a alegação de que a pena de demissão pela prática de ato de improbidade depende de sentença transitada em julgado¹²¹.

Outra posição importante manifestada pelo STF, em matéria de independência entre instâncias punitivas, diz com os crimes de responsabilidade de que trata o art. 85 – também os dispositivos acrescentados ao texto da Constituição pelas Emendas nº 2/1994, nº 25/2000 e nº 62/2009¹²² –; e as disposições insertas no art. 52, ambos da Carta Constitucional¹²³. Este último atribui ao Senado Federal a competência para processar e julgar “o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”, na forma do inciso I; e “os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”, nos termos do inciso II.

¹²⁰ STF. RMS nº 24194/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. DJ de 07/10/2011 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199656/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹²¹ No mesmo sentido: “[a] jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos. Precedentes.” (STF. RMS 28919 AgR/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ de 12/02/2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292006/false>>. Acesso em: 26 fev. 2021).

¹²² Quais sejam: o art. 29-A, §§ 2º e 3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 25/2000, que atinge Prefeitos e Presidentes das Câmaras Municipais; o art. 50, *caput* e § 2º, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2/1994, que atinge Ministros de Estado; o art. 100, § 7º, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, dirigido aos Presidentes de Tribunais; e o art. 167, § 1º, cuja disposição sem destinatário expresse já integrava o texto original da Constituição, nos seguintes termos “[n]enhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.

¹²³ E ainda outras que, na mesma linha, estabelecem prerrogativa de foro aos agentes legitimados a ocupar o polo passivo de ações que voltem contra crimes dessa natureza, tais como aquelas insertas no art. 96, III (que atribui competência “aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”; no art. 102, I, c (que diz competir ao STF o processamento e o julgamento “nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; no art. 105, I (que diz ser competente o Superior Tribunal de Justiça “nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais”; e no art. 108, I (que diz competir aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar “os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”).

O mesmo dispositivo, no parágrafo único, estipula que a condenação, nas duas hipóteses (tanto as do inciso I, quanto do inciso II), terá de se dar por dois terços dos votos do Senado Federal, além de se restringir “à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”, porém, “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

O art. 85, por sua vez, refere-se, textualmente, apenas aos atos do Presidente da República que configurariam crimes de responsabilidade, adiantando que seriam, especialmente, aqueles que atentassem contra “a existência da União” (inciso I); “o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação” (inciso II); “o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (inciso III); “a segurança interna do País” (inciso IV); “a probidade na administração” (inciso V); “a lei orçamentária” (inciso VI); e “o cumprimento das leis e das decisões judiciais” (inciso VII). No parágrafo único, o mesmo dispositivo diz que “[e]sses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 1.079/1950 definia os crimes de responsabilidade e regulava o respectivo processo de julgamento; e o Decreto-Lei nº 201/1967 dispunha sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

A Constituição de 1967¹²⁴, que vigorava até então, dizia exatamente a mesma coisa acerca dos crimes de responsabilidade imputáveis ao Presidente da República, porém, no art. 84¹²⁵. Diversamente, nada dispunha sobre os atos de improbidade e as sanções que sobre eles deveriam incidir, tal como o fez a Constituição de 1988. A segunda e última disposição mencionando a “probidade administrativa” – para além daquela contida no art. 84 –, dizia com os direitos políticos e, remetia, mais especificamente, a eventuais outros casos de inelegibilidade que poderiam ser estabelecidos por lei complementar¹²⁶. Além disto, ela (a

¹²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso: 10 dez. 2020.

¹²⁵ “Art. 84. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Podêres constitucionais dos Estados; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das decisões judiciárias e das leis. *Parágrafo único*. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”.

¹²⁶ Eis o teor que esse dispositivo tinha: “art. 148. A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I - do regime democrático; II - da probidade administrativa; III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas”.

Constituição de 1967) não tratava de forma minuciosa – em termos materiais – dos crimes de responsabilidade atribuíveis a outras autoridades¹²⁷.

Aparentemente, a recepção dos instrumentos normativos que regulavam a matéria sob a égide da Constituição revogada¹²⁸ e os acréscimos trazidos à Carta de 1988 pelas supra referidas, unidos à nova modalidade de responsabilização concebida no art. 37, § 4º, tornaram-se um elemento dificultador para a organização do sistema sancionador.

Entre os anos de 2014 e 2018, em detida análise sobre qual vem a ser a posição jurídica dos agentes políticos perante a Lei nº 8.429/1992; e se eles estariam – ou não – sujeitos a um **duplo regime sancionatório**, composto pelas disposições que vieram com ela e, também, por aquelas decorrentes da Lei nº 1.079/1950 e do Decreto-Lei nº 201/1967, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, reunidos em Plenário, travaram embates relevantes acerca do tema. Acabaram por lançar luz sobre questões sensíveis atinentes à atividade sancionadora exercida pelos agentes estatais, como um todo, muito embora o assunto central fosse o foro privilegiado por a prerrogativa de função¹²⁹.

Antes, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.797, haviam declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 10.629/2002, que incluía no art. 84, do Código de Processo Penal, os §§ 1º e 2º, para estender a competência especial por prerrogativa de foro aplicável ao processo penal às ações de improbidade ajuizadas contra o mesmo agente¹³⁰.

Entendeu-se, em apertada síntese, que é inconstitucional a declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição; e que a lei em questão pretendia “equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência

¹²⁷ Apenas aquelas constantes do art. 40, *caput* e § 1º, e do art. 88, parágrafo único, as quais tinham o seguinte teor: “art. 40. Os Ministros de Estado são obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal ou qualquer de suas Comissões, quando uma ou outra Câmara os convocar para, pessoalmente, prestar informações acerca de assunto previamente determinado. § 1º A falta de comparecimento, sem justificação, importa em crime de responsabilidade”; art. 88, “parágrafo único. São crimes de responsabilidade do Ministro de Estado os referidos no art. 84 e o não comparecimento à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quando regularmente convocados.

¹²⁸ Dentre outras coisas porque a Lei nº 1.079/1950, no seu art. 15, dispõe que “[a] denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”.

¹²⁹ O caso era aquele objeto da Pet 3240 AgR. O julgamento se iniciou no ano de 2014, com a apresentação do voto do relator originalmente designado para o caso, Ministro Teori Zavascki, e terminou em meados de 2018, com a publicação do acórdão redigido pelo Ministro Roberto Barroso, cujo voto refletiu o entendimento da maioria (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹³⁰ STF. ADI 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ de 19/12/2006 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7226/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies”¹³¹.

Igualmente antes, no julgamento da Reclamação nº 2.138, aquela Corte Constitucional manifestou entendimento no sentido de que os atos de improbidade, porque tipificados, também, na Lei nº 1.079/1950, teriam caráter político-administrativo; e, portanto, que os agentes políticos não poderiam responder ações de improbidade ajuizadas com base na Lei nº 8.429/1992, sob pena de haver dupla responsabilização¹³².

Em resumo, conclui-se que “[o] sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos”¹³³; e que “[a] Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, ‘c’, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)”¹³⁴. Nessa ocasião, ainda, o STF se posicionou no sentido de que os juízos de primeira instância seriam incompetentes para processar e julgar agentes políticos com prerrogativa de foro¹³⁵.

Ainda, na Pet nº 3.211-QO, restou assentado o entendimento de que a competência para o julgamento de ações de improbidade ajuizadas contra os membros do STF seria dele próprio¹³⁶.

¹³¹ Tal como restou consignado, expressamente, na ementa do julgado.

¹³² STF. Rcl 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17/04/2008 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90264/false>>. Acesso: 28 fev. 2021).

¹³³ STF. Rcl 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17/04/2008 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90264/false>>. Acesso: 28 fev. 2021).

¹³⁴ STF. Rcl 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17/04/2008 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90264/false>>. Acesso: 28 fev. 2021).

¹³⁵ Adotando a mesma linha de entendimento, o Ministro Luiz Fux concedeu, monocraticamente, a tutela liminar requerida no MS 31234, dizendo que: “[n]ão seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional, consoante já reconhecido nos precedentes acima transcritos, que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, à medida que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública. Dessume-se, portanto, que, a despeito da nítida oscilação jurisprudencial pretérita sobre o tema, o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro, tem se consolidado mais recentemente na jurisprudência pátria, e em particular, no âmbito desta Suprema Corte (...)” (STF. MS 31234. Relator Ministro Luiz Fux. DJ de 27/06/2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despachos650021/false>>. Acesso em 26 fev. 2021).

¹³⁶ STF. Pet 3211-QO/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. DJ de 27/06/2008 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88898/false>>. Acesso: 26/02/2021). Desse julgado, interessa mencionar um dos fundamentos declinados no voto do Ministro Cezar Peluso, *verbis*: “[s]e, pela Constituição, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser processado, nas infrações penais comuns, por esta Corte e, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, não é concebível que ação por ilícito de menor gravidade, entre cujas sanções está a mesma perda do cargo, possa ser atribuída à competência de outros órgãos. Insisto em que,

Todas essas questões voltaram ao debate no julgamento da Pet 3240 AgR¹³⁷. O caso envolvia um Ministro de Estado processado tanto por crime de responsabilidade, quanto por improbidade administrativa, que pedia que lhe fosse estendida a competência especial por prerrogativa de foro aplicável ao processo penal à ação de improbidade.

O resultado, pelo desprovimento do pedido, não se estabeleceu à unanimidade, mas em um aspecto deveras decisivo os votos convergiram. Todos os Ministros concordaram – nem sempre de forma explícita – que reconhecer imputáveis aos agentes políticos apenas os crimes de responsabilidade, com exceção do Presidente da República, equivaleria a torná-los imunes às sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição¹³⁸. Com exceção do Presidente da República porque, de acordo com a linha argumentativa traçada, o texto constitucional apenas trataria o ato de improbidade, expressamente, como crime de responsabilidade, no art. 85, V. Já no que toca aos demais agentes políticos, não imporiam qualquer óbice à dupla responsabilização; e, além disto, como a apuração dos crimes de responsabilidade exige, em tese, que o acusado esteja no cargo quando do recebimento da denúncia, seria grande a chance de ficar impune, com prejuízo ao primado da ideia republicana e à moralidade administrativa.

Antes de avançar, alguns apontamentos parecem pertinentes, sendo o primeiro o seguinte: a Lei nº 1.079/1950, que tipifica, propriamente, os ilícitos dessa ordem – dentre os quais aqueles contrários à “probidade na administração” –, dispõe, textualmente, que são crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado “os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados” (conforme o disposto no art. 13, item 1). O art. 74, do mesmo diploma legal, no mesmo sentido, dispõe que “[c]onstituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei”.

se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que a ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República”.

¹³⁷ STF. Pet 3240 AgR. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ de 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹³⁸ O Ministro Relator, no caso, declinou em seu voto, ainda – no que foi seguido pelos demais –, que “[a]o legislador ordinário, a quem o dispositivo delegou competência apenas para normatizar a “*forma e graduação*” dessas sanções, não é dado limitar o alcance do mandamento constitucional. Somente a própria Constituição poderia fazê-lo e, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República adiante referidos, não se pode identificar no texto constitucional qualquer limitação dessa natureza” (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

Apenas não contêm disposições semelhantes os capítulos relativos aos crimes de responsabilidade imputáveis aos Ministros do STF, ao Procurador-Geral da República, ao Advogado-Geral da União e outros membros do Ministério Público Federal e Estadual (“quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições”), como se vê pelo disposto nos artigos 40 e 40-A, da Lei nº 1.079/1950.

Depois, o Decreto-Lei nº 201/1967, além de elencar dentre os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais inúmeros atos equiparáveis àqueles de que trata a LIA, dispõe que “[a] condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. Tudo na forma do seu art. 1º.

Ademais, o próprio art. 52, da Constituição da República, mesmo limitando a condenação por crime de responsabilidade à perda do cargo e à inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública – no que toca a todas as autoridades discriminadas nos incisos I e II –, ressalva a não exclusão da incidência das demais sanções judiciais cabíveis, como já visto.

Pode-se entender, a partir daí, que os crimes de responsabilidade abarcam os atos de improbidade não só no que dizem com o Presidente da República. Também, que a aplicação das demais sanções previstas no art. 37, § 4º – indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário –, não fica, por isto, inviabilizada. De pronto, porque ostentam natureza tipicamente civil, têm finalidade reparatória e não aparecem como consequentes diretos dos crimes de responsabilidades. Isto é, em tese, a sua imposição não depende da viabilidade da prossecução penal.

Na forma como se encontra estruturado, o ordenamento jurídico, pela via dos crimes contra a administração pública, dispõe de outros meios para a reparação de eventuais lesões ao erário. Ou seja, o reconhecimento da inaplicabilidade da LIA a um determinado caso, posto que imperativa dentro de uma determinada sistematização, não conduziria, necessariamente, ao descumprimento do art. 37, § 4º. A ação civil prevista entre os artigos 63 e 68, do Código Penal, por exemplo, visa, precisamente, a reparação do dano decorrente do ilícito e seria uma alternativa. Inclusive, porque eventual decisão que julgue extinta a punibilidade não impede o seu ajuizamento, por expressa disposição legal (conforme o art. 67, inciso II, do Código Penal).

Portanto, se já não cabível ação pelo crime de responsabilidade – porque desligado o agente do cargo –, nem por isso restaria sacramentada a sua impunidade. Aliás, a própria exigência de que ele esteja no exercício da função para ser processado nessa via, não decorre

do texto constitucional; encontra-se naquela lei datada de 1950, cuja recepção, na íntegra, poderia ser revista, constatando-se que desatende a Constituição, nessa parte.

Mas há, ainda, outro pormenor a ser considerado, neste ponto: quando tratou especificamente dos atos de improbidade e no que eles importarão, a Constituição de 1988 não disse que eles, necessariamente, precisariam ser compilados em um único diploma legal e que deveriam dar cabimento ao processamento de uma ação judicial própria, a qual se faria indispensável até quando, por outra via, as mesmas sanções estivessem voltadas a repreender esses mesmos atos¹³⁹.

No julgamento da Pet 3240 AgR, o Ministro originalmente designado para a Relatoria – vencido no ponto em que reconheceu que o foro por prerrogativa garantido aos agentes políticos deveria ser estendido às ações de improbidade, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição – manifestou posição no sentido de que não haveria incompatibilidade entre dispositivos constitucionais que versam sobre a competência para o processamento e o julgamento dos crimes de responsabilidade (às quais ele atribuiu natureza **instrumental**) e aquela de caráter **material** contida no art. 37, § 4º. Para ele, elas apenas incitariam um “problema de natureza *processual*, concernente a necessidade de compatibilizar as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado a aplicação das sanções por improbidade administrativa, nomeadamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos”¹⁴⁰.

Nada obstante, dentre as disposições constitucionais que, propriamente, “indicam o elemento objetivo da conduta caracterizadora do crime de responsabilidade”, segundo ele, “a única alusão à improbidade administrativa como crime de responsabilidade” estaria no inciso V, do art. 85, de modo que, “[s]omente nesta restrita hipótese, conseqüentemente, é que se identifica, no âmbito *material*, uma concorrência de regimes, o geral do art. 37, § 4.o, e o especial dos arts. 85, V, e 86”¹⁴¹.

¹³⁹ De todo modo, o legislador infraconstitucional tanto não parte dessa premissa que, tal como referem José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti, depois da entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992, viu-se a expansão do sistema de improbidade administrativa com a inserção de novos tipos, por exemplo, na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), no Estado das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016), na Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005), dentre outros (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 20, p. 83-125, mar./abr.2020).

¹⁴⁰ (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021). (Destaque no original)

¹⁴¹ (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021). (Destaque no original)

Ainda, conforme entendeu, cumpriria ao legislador ordinário observar os limites próprios da atividade normativa infraconstitucional, os quais não autorizariam afastar ou a restringir injustificadamente o alcance de qualquer preceito constitucional, não lhe sendo lícito, portanto, “a pretexto de tipificar crimes de responsabilidade, excluir os respectivos agentes das sanções decorrentes do comando superior do art. 37, § 4º”¹⁴².

Mas para reconhecer a necessidade de que fosse prestigiada, no caso, a orientação adotada por aquela Corte quando entendeu que seria sua a competência para julgar ações de improbidade ajuizadas contra os seus próprios membros, o Ministro Relator pontuou que, “[e]mbora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies, seja quanto a sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo”¹⁴³.

Argumentou, literalmente, que “não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas”¹⁴⁴. E, então, citando Fábio Medina

¹⁴² (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹⁴³ A conclusão é precisa e consistente, por si, mas o raciocínio que a balizou foi o seguinte: “[o]ra, a Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, a aplicação das sanções de natureza punitiva, semelhantes as sanções penais, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que tem, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI, da Constituição. A suspensão dos direitos políticos e, por força da Constituição, consequência natural da “**condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos**” (Sem destaque no original) (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “**do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso**” (Sem destaque no original) (CP, art. 91, II, *b*). A perda de “**cargo, função pública ou mandato eletivo**” (Sem destaque no original) e, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal”. Isto, de fato, reflete a realidade das leis de regência da matéria, mas do ponto de vista estritamente constitucional é questionável. Primeiro que “a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios” não estão incluídas entre as sanções previstas no art. 37, § 4º. Depois que, quando o art. 15, III, da Carta Constitucional, prescreve que “[é] vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹⁴⁴ Na percepção do Ministro Relator, “[a] rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não criminal, produz as consequências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade. (...). Somente a pena privativa de liberdade e genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. (...). Assim, excetuada a pena privativa de liberdade, qualquer outra das sanções previstas no art. 5º, XLVI, da CF pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92” (STF.

Osório, Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, afirmou que é “justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência ‘é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais’”¹⁴⁵.

Na sequência disto, ainda disse que, “do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana”¹⁴⁶, não parece lógico “que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos”¹⁴⁷. E, em linha conclusiva, que, “embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos”¹⁴⁸, merecendo ênfase “pela importância que tem para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa”¹⁴⁹, segundo ele, “o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena”¹⁵⁰.

Essa posição, que poderia bem ter sido um marco para a abertura da perspectiva e para um início de mudança do padrão interpretativo da Corte Constitucional brasileira sobre a denominada independência entre as instâncias, acabou ficando isolada.

Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021).

¹⁴⁵ Eis as referências mencionadas pelo Ministro Relator, neste ponto: “(OSORIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 102; ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 890)”. (Destaque no original)

¹⁴⁶ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁴⁷ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁴⁸ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁴⁹ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁰ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

Todos os demais Ministros que integraram o quórum do julgamento acataram a divergência aberta pelo Ministro que votou na sequência do Relator¹⁵¹, de modo que aquele ficou encarregado, ao final, da lavratura do acórdão.

A *ratio decidendi* transparece já na ementa do voto-vista firmado e, por ela, logo se vê que o desacordo estava – como está – nas próprias premissas. Dela consta que “[a] suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal”; e que “a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa”.

A prioridade que preside cada um dos raciocínios é o que não coincide, ao que parece. Parte-se de um lado, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade

¹⁵¹ É interessante, desde logo, chamar atenção para a posição manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes. Ele seguiu o voto dissidente fazendo ressalvas na sua declaração de voto, no sentido de que teria “muita dúvida sobre a compatibilidade dos regimes”; de que “o legislador deveria discutir”; que “[l]ouvada seja a iniciativa do Presidente da Câmara, que agora procede a uma revisão, propõe uma revisão da Lei de Improbidade. Talvez, uma melhoria na sua tipificação e, talvez, uma definição daqueles que poderão, de fato, se submeter a esse tipo de ação”; e de que “se esta ação leva à perda dos direitos políticos e inviabiliza, portanto, o exercício de cargo, não faz sentido que se possa movê-la no âmbito do 1º grau e produzir-se efeito de maneira definitiva”. Nada obstante, em artigo publicado pouco tempo antes, afirmou, dentre outras coisas que, “[s]e não há como justificar a aplicação da Lei de improbidade aos titulares do Poder Executivo da União e dos Estados, afigura-se difícil legitimar essas ações em relação aos Ministros de Estado”. (...). Poder-se-ia argumentar que haveria um resíduo não abrangido pelas ações de por crime de responsabilidade, que seria o elemento reparatório. (...). É evidente que caso se trate de mover ação de conteúdo meramente reparatório, não precisa o Ministério Público valer-se da ação de improbidade. Há uma letora de procedimentos e providências previstos na ordem jurídica com essa finalidade. A própria Constituição outorga ao Ministério Público a atribuição para ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). (...). A comparação ente a Lei 1.079, de 1950, e a Lei 8.429, de 1992, reforça o entendimento segundo o qual, em ambos os casos, há a fixação dos chamados crimes de responsabilidade em sentido genérico. A formulação ampla e a concepção de tipos abertos dá a exata noção de que é disto que se trata. A Lei 1.079, de 1950, contempla no capítulo V os crimes contra a probidade da administração. Talvez até deva ser densificado, analiticamente desenvolvido, mas está previsto expressamente a partir da consecução do modelo constitucional. A pena é, aí, extremamente severa: perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de cinco anos (art. 2º). Também, nos termos do art. 3º da Lei 1.079, de 1950, a imposição da penalidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum. A Lei 8.429, de 1992, elenca, por seu turno, os atos de improbidade (art. 9º, 10, 11) e prevê as sanções de suspensão dos direitos políticos da perda do cargo, além da obrigação de ressarcimento. Não é difícil encontrar a descrição de condutas análogas nas Leis 1.079 e 8.429. A conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo, prevista como ato de improbidade no art. 9º, item 7, da Lei 1.079, por exemplo, possui evidente proximidade aos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429. (...). A análise das condutas tipificadas nas Leis 8.429/1992 e 1.079/1950, assim como das penalidades ali previstas, evidencia que tais diplomas estão a disciplinar o mesmo setor do direito punitivo, os chamados crimes de responsabilidade. Em síntese, cabe concluir que a disciplina punitiva de ambas as leis opera no mesmo espaço normativo definido pela Constituição, ou seja, no âmbito dos crimes de responsabilidade. Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum ou de responsabilidade, perante o Supremo Tribunal Federal, entender que tais agentes devem responder a processo assemelhado, ou de consequência assemelhada, perante o juiz de primeiro grau, não pode ser admitido” (MENDES, Gilmar Ferreira. *A Improbidade Administrativa pelo Supremo Tribunal Federal*. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112).

da pessoa humana; e de outro, da maior eficiência no combate à corrupção e na proteção da moralidade administrativa.

O voto-vista, então, partindo deste segundo – e relacionando foro privilegiado, impunidade e corrupção –, trilha um caminho argumentativo que vai conduzir a uma série de conclusões pretensamente aptas a evitar a consagração da impunidade, dentre as quais a de que o foro privilegiado “constitui uma reminiscência aristocrática, sem réplica comparável em outras democracias”, promove “evidente violação aos princípios republicano e da igualdade”, além de ser uma fórmula identificável com “a imagem de George Orwell em ‘A revolução dos bichos’, de que *alguns são mais iguais do que outros*”¹⁵². E, vai dizer que “não parece cabível, à luz da Constituição, pretender expandir as já abundantes hipóteses de foro privilegiado para alcançar a ação de improbidade administrativa, ainda que mediante a interpretação mais sofisticada de que os ilícitos de improbidade por agentes políticos seriam absorvidos pelo crime de responsabilidade”¹⁵³.

Lastreando-se, ainda, em dados que apontam já terem sido arrecadados vultosos valores aos cofres públicos, em decorrência de ações de improbidade, enquanto é reduzido o número de condenações firmadas pelo STF em ações penais para as quais tem competência, o Ministro que abriu a dissidência sustentou que “a perspectiva da impunidade favorece a endêmica corrupção no país”. Ainda, disse que das lições de Cesare Beccaria se extrai a conclusão de que “é a certeza da punição – e não a severidade das penas – que atua como fator de inibição da prática de ilícitos”; e que, “por isso, o combate à corrupção exige tanto a instituição de múltiplos instrumentos de controle e de responsabilização, quanto a garantia da eficácia desses instrumentos, com a efetiva punição dos responsáveis”.

Indo além, asseverou que o entendimento de que o ilícito de improbidade seria absorvido pelo crime de responsabilidade, blindaria os agentes políticos contra as sanções previstas na LIA, com a consequência de que eles não poderiam ser condenados a ressarcir o erário, tampouco à perda de bens de valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio. Daí que, “[t]amanha restrição do alcance do sistema constitucional de proteção à moralidade administrativa representaria evidente retrocesso em matéria de combate à corrupção e à impunidade e na proteção dos princípios democrático e republicano, encontrando óbice, ainda,

¹⁵² (STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021). (Destaque no original)

¹⁵³ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

no princípio da proporcionalidade na sua dimensão de vedação à proteção deficiente”¹⁵⁴, no seu entender.

Mais adiante, levantou como uma questão que se ligaria ao tema a “evidente saturação da população brasileira em relação à corrupção e de esforços concentrados de investigação e punição dos responsáveis por esquemas de lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos”¹⁵⁵, concluindo ser necessário “buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao julgamento e punição dos agentes públicos por atos de improbidade”¹⁵⁶.

Quanto ao duplo regime sancionatório que decorreria da simultaneidade do processamento de ações por crimes de responsabilidade e por ato de improbidade, mais especificamente, disse que elas têm “objetos, naturezas e escopos distintos”¹⁵⁷. Na sua visão, enquanto “a função reparatória da ação de improbidade se sobressai no regime de responsabilização instituído pela Carta de 1988”¹⁵⁸ e teria natureza civil (extrapenal), os crimes de responsabilidade teriam “natureza político-administrativa, e não penal” e a sua finalidade precípua não seria a de punir, propriamente, “mas, sim, de promover a destituição do cargo daqueles agentes políticos que se demonstraram inaptos para o exercício de suas funções, bem como impedir que estes venham a exercê-las novamente em um futuro próximo”¹⁵⁹, sendo a perda do cargo e a inabilitação periódica para o exercício da função pública as únicas consequências.

Disse o Ministro, ademais, que “a existência de sanções coincidentes nos crimes de responsabilidade e ilícitos de improbidade administrativa, não interfere na natureza dessas instâncias de responsabilização”¹⁶⁰, vez que, “[p]or óbvio, a natureza do regime sancionatório não é determinada pela natureza das sanções que ele enseja”¹⁶¹.

¹⁵⁴ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁵ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁶ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁷ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁸ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁵⁹ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁶⁰ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁶¹ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

Ainda, afirmou não haver “nenhum impedimento para que uma mesma conduta seja sancionada por meio de diferentes regimes de responsabilização, ainda que com identidade de tipologia”; e terminou dizendo: “[c]onsiderando-se, então, que as instâncias punitivas são independentes entre si, a possibilidade de dupla penalização das condutas não representa qualquer violação ao princípio do *non bis in idem*”¹⁶².

Um dos argumentos empregados pelo Ministro redator do acórdão ao longo da fundamentação de seu voto foi o de que, “o texto constitucional é claro ao prever a possibilidade de coexistência de instâncias de responsabilização distintas”¹⁶³. Isto parece – sim – indubitável. Agora, que uma das implicações seja a viabilidade de dupla imputação e punição, com competências concorrentes, é de se questionar e, quiçá, de se negar, dependendo de qual seja ponto de partida. E aí está o busílis: qualquer ponto de partida é admissível? Há por onde determinar quais não podem ser?

Ainda, cumpre perguntar: desafiar a ideia prevalente de independência entre as instâncias seria – mesmo – afrontar a separação de poderes, tal como Maria Silvia Zanella Di Pietro?

Para aprofundar a questão e saber se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é, nesta matéria, condizente com um Estado Constitucional de matriz garantista – enquanto Democrático de Direito – cumpre recapitular alguns eventos e expandir a perspectiva acerca do que a separação de poderes simboliza, em que contexto foi consagrada e sob quais bases, até chegar ao ponto de ser atrelado a uma suposta independência entre as instâncias punitivas, com o viés apontado.

1.2 A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS FRENTE AOS MOVIMENTOS REVOLUCIONÁRIOS, OS CONSTITUCIONALISMOS E AS DIFERENTES NOÇÕES DE SEPARAÇÃO DE PODERES

Quando, no marco da modernidade, os movimentos revolucionários fizeram assentar a proposição, em síntese, de que as decisões de interesse comum incumbidas à administração pública não deveriam ficar atreladas ao simples arbitrário do monarca – com respaldo na

¹⁶² STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

¹⁶³ STF. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26 fev. 2021.

premissa de que todos merecem idêntico tratamento perante a lei –, diferentes soluções em termos de organização política se colocaram como imperativas.

Em termos gerais, tinha-se que, ao rei, não poderia mais ser dado subjugar um determinado grupo utilizando a força que retirava de outro que era seu aliado e, de consequência, que a base de sustentação do poder não podia decorrer meramente da força que ele tinha ao seu dispor. Assiste-se, então, a um processo de fortalecimento do poder real e esse processo culmina no Estado moderno. A tônica passa a ser a existência de uma ordem jurídica soberana, da qual emana toda a autoridade¹⁶⁴.

Então, a teoria da separação dos poderes assume protagonismo, movimentos constitucionais com diferentes fisionomias emergem, teses iluministas se propagam e o homem, com seus direitos, ganha o *status* de indivíduo¹⁶⁵.

E, ainda que a declaração desses direitos não tenha gerado, logo, a demarcação de uma linha ascendente no quadro da proteção que lhes é, foi e ainda poderá ser dada, materialmente, pelo ente estatal, definitivamente, alterou os contornos da administração pública. Tal como observam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem¹⁶⁶, situações de heteronomia fazem parte da história do poder e não se pode ignorar que a realidade que se estabeleceu, depois, também era arbitrária, ainda que de outra forma. Mas houve, ali, um “rompimento paradigmático”, sendo inegável a importância do aspecto real e da face simbólica da legislação revolucionário, assim como do pensamento liberal, como apontam.

Trata-se do marco inicial de toda uma mudança estrutural na condução da administração pública. Agora – ainda que de forma pouco isonômica –, no centro de sua órbita, passa a figurar o bem comum¹⁶⁷.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

¹⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 199.

¹⁶⁶ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

¹⁶⁷ Ainda com Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, que “[a] investigação acerca dos embriões da noção de interesse público e da sua possível configuração na modernidade leva necessariamente ao estudo prévio das bases filosóficas e teóricas do constitucionalismo moderno, o qual, por sua vez, só pode ser entendido mediante a apreciação das condições históricas presentes no contexto do século XVIII, cujo maior movimento cultural foi a ilustração. Esse período ficou marcado por revoluções que derrubaram o poder tradicional do Estado Absolutista para erigir um novo, orientado pela restrição do poder estatal por meio da sua submissão à ordem jurídica. Tais movimentos tiveram como produto as Constituições modernas, que se tornaram instrumentos de afirmação do Estado de Direito, possibilitando a emergência da concepção contemporânea de Direito Público”. Os mesmos autores, registram, ainda que, “[o] sentido moderno do constitucionalismo (que tem suas raízes no restrito Direito urbano da Europa ocidental do período concernente aos séculos XI e XII), torna-se um meio de instauração do Estado de Direito, autorizando-se e legitimando-se o poder político do Estado, estabelecendo fronteiras ao seu exercício mediante a imposição de amarras jurídicas. O valor que está por trás desse modelo estatal é a eliminação

Cumpra observar, nada obstante, que os formatos de constituição e separação de poderes que as diferentes sociedades adotaram, na conjuntura moderna, não foram – e seguem não sendo – os mesmos. Tal como os franceses, os britânicos e os norte-americanos também assimilaram esses postulados – até antes –, mas com outras conotações. Mesmo as declarações de direitos que gestaram e os momentos revolucionários que viveram tiveram outras particularidades e objetivos. Não por outra razão, os constitucionalismos que se desenvolveram em paralelo¹⁶⁸ não seguiram um padrão idêntico.

Por sinal, segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶⁹, o correto seria dizer que a constituição em sentido moderno tem, na sua base, não um, mas vários constitucionalismos (os constitucionalismos inglês, americano e francês); e que, rigorosamente, ainda mais acertado seria falar de vários movimentos constitucionais, “com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”¹⁷⁰, ao invés de constitucionalismos.

Com isto, conforme ensina o autor português, é possível recortar uma noção básica de constitucionalismo, segundo a qual ele consubstanciaria “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”¹⁷¹, sendo que, neste sentido, por um lado, o constitucionalismo moderno representará “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”¹⁷²; e, por outro, colocará em xeque os esquemas tradicionais de domínio político, nos planos político, filosófico e jurídico, engendrando para ele uma nova forma de

da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos – que passam a ser o escopo político mais importante” (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201).

¹⁶⁸ Segundo Maurizio Fioravanti, em verdade, “il costituzionalismo nasce e si afferma nel contesto del processo di formazione dello *Stato moderno europeo*”, sendo que, “[s]e consideriamo lo Stato moderno europeo come una figura storica complessa, si può dire che accanto al suo primo lato, su cui si colloca il principio di sovranità e si svolge il processo di concentrazione del potere pubblico sul territorio, si pone un secondo lato, su cui opera proprio il costituzionalismo, sul versante della pluralità, dei limiti, delle garanzie, e anche della partecipazione. Per questo motivo, si può affermare che il costituzionalismo nasce insieme allo stesso Stato moderno, al fine di controllare, limitare, ricondurre a regole quei poteri pubblici, che iniziarono a porsi in posizione di centralità sui territori a partire dal Quattordicesimo secolo” (FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009, p. 5).

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 51.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 51.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 52.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 52. (Destaque no original)

ordenação e fundamentação. Os temas centrais do constitucionalismo seriam, desde esta perspectiva, “a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*”¹⁷³; e a constituição moderna, em um conceito ideal, “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”¹⁷⁴. Este conceito, no entanto, não se amolda perfeitamente aos diferentes modelos¹⁷⁵.

A ideia de **Constituição** – que não é nova¹⁷⁶ – será amplamente explorada, mas com propósitos diversos e sob perspectivas influenciadas por correntes de pensamento distintas, notadamente relacionadas às doutrinas do pacto social¹⁷⁷. E, no final das contas, tem-se que

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 53. (Destaque no original)

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 53-54.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 52-55. Nas palavras de Canotilho, “um *Englisman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de ‘ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito’. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ‘ingleses’ e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com ‘freios’ e ‘contrapesos’ feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um ‘vintista exaltado’ português a constituição teria de transportar necessariamente um momento de ruptura e um momento construtivista. Momento de ruptura com a ‘ordem histórico-natural das coisas’ que outra coisa não será senão os *privilèges do ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o poder constituinte – teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída”.

¹⁷⁶ “Data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, há algumas que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. Na célebre obra de Aristóteles, *A política*, está clara essa distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4).

¹⁷⁷ Os contratualistas clássicos, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jeaques Rousseau, em apertada síntese, sustentavam, cada um no seu respectivo tempo, que a sociedade, em si, estava assentada em um pacto. Como resultado da manifestação de sua vontade, os homens constituiriam o poder e as suas correspondentes balizas, com o objetivo (exclusivo) de obter a paz, na visão de Hobbes; e de ter assegurados, principalmente, os seus direitos naturais, segundo Locke e Rousseau. A ideia precursora, vigente na Idade Média, era a de que havia um contrato entre os governantes e os seus súditos – o *pactum subjectionis* –, do qual emanava a autoridade daqueles. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 5). Conforme explicam Jean Rivero e Hughes Moutouh, “[e]nquanto as teses de Hobbes justificavam o absolutismo, as de Locke indicavam a necessidade de limitação do poder. Marcadamente, porque eles tinham diferentes posições a respeito da realidade anterior ou pacto, ou seja, sobre o que caracterizava o estado de natureza. A premissa compartilhada, em poucas palavras, era a de que “[a] sociedade nasce de um acordo firmado entre os homens, desejosos de sair do estado de natureza: é o contrato social, fundamento de todo grupo humano”. Porém, para Locke, ao contrário de Hobbes, o estado de natureza não era um inferno e o contrato social a chave da porta de saída. “A passagem para o estado de sociedade marca somente a busca refletida de uma maior bem-estar. Resumidamente, cede-se parte de uma liberdade que, antes, era irrestrita, em troca de segurança. A base do pensamento de Rousseau não é tão diferente. A questão, para ele, é a amplitude que Locke confere à essa cessão e o consequente prejuízo àquela liberdade integral característica do estado de natureza. “Sua ambição é superar a cota mal dividida entre poder social e liberdade com que Locke se contentava e construir uma sociedade na qual o homem recuperasse a plena liberdade da natureza” (RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 39-41).

alguns contratualistas influenciaram mais, e outros menos, na formação dos Estado modernos, nas suas Constituições e as declarações de direitos¹⁷⁸.

O influxo do pensamento de Locke é mais visível na evolução do constitucionalismo inglês. Em verdade, no cenário da *Glorious Revolution* (1688-89) e do *Bill of Rights* (1689) a sua participação foi direta. Sem olvidar das críticas que lhe são dirigidas¹⁷⁹, a proposta de um acordo entre os indivíduos – em oposição à monarquia absoluta e voltada à proteção da propriedade – para conferir outra forma de legitimação ao poder político, cimentou o caminho para o surgimento da categoria política da representação. O governo representativo, como técnica de balanceamento das forças políticas e sociais, deu solução à crescente insurgência contra a concentração de poderes que havia na figura da Coroa. A fundamentação do poder, de divina, passa a racionalista.

Antes, dentro de uma dinâmica ainda medieval, “[o] rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*) formavam uma espécie de ‘soberania colegial’”¹⁸⁰. Agora, “[u]m corpo social dotado de identidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento (*Members of Parliament*) passa a exigir *respeito e capacidade de agir*”¹⁸¹. O poder passa, então, a ser partilhado entre o rei e os outros órgãos do governo, formando o que se veio a denominar constituição mista. Aos juízes, por outro lado, é atribuído o papel de interpretar e revelar as leis que, propriamente, irão tutelar as liberdades, originando-se a chamada *common law*¹⁸².

Na França, a história se passa de outro modo. Nas ideias propulsoras da Revolução e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão há mais de Rousseau, ainda que com

¹⁷⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, aponta, por exemplo, que as ideias de “soberania do parlamento” e “poder supremo” do modelo historicista, encontram-se no constitucionalismo inglês e estão na gênese do princípio *the rule of law*, ao passo que, a categoria do “poder constituinte”, vincula-se ao *constitutivismo político-constitucional* característico do constitucionalismo francês (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 55-57). Jorge Miranda, por sua vez, sustenta que “[a] expressão <<Estado constitucional>> parece ser de origem francesa, a expressão <<governo representativo>> de origem anglo-saxónica e a expressão <<Estado de Direito>> de origem alemã” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990, t. 1, p. 82).

¹⁷⁹ Na prática, a transferência de alguma autoridade ao povo não gerava – como não gerou – transformações significativas na ordem instituída. Para aqueles que não possuíam propriedade, um contrato para protegê-la não significava grandes coisas. Mesmo porque, ainda que atrelasse a propriedade à vida, às liberdades e bens, Locke estava falando – mesmo – das posses materiais. Tanto é que não manifesta qualquer resistência à permanente apropriação do produto do trabalho de um homem por outro e o trabalho escravo não é uma questão para ele. Neste sentido são os apontamentos introdutórios apresentados por Peter Laslett na versão da obra de Locke editada por ele; e publicada pela Cambridge University Press, em 1988 (LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 16-123).

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 56.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 56. (Destaque no original)

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 56.

distorções. Acima de tudo, conservou-se “o ponto de partida, ou seja, a necessidade de atribuir, como objetivo à sociedade, a proteção da liberdade natural do homem, e o ponto de chegada: a ideia de que a lei, expressão da vontade geral, não pode, por natureza, ser instrumento de opressão”¹⁸³, mas do processo que liga um ponto ao outro se abriu mão.

Nisto, mesmo que indiretamente, alguns dos atores da Revolução se aproximaram de Locke. Sim, porque, ao decidirem redigir a sua própria Declaração de direitos, espelhando-se no exemplo das Declarações americanas – estas, influenciadas por ele –, foram contra a doutrina de Rousseau. Uma vez que elas (as Declarações), fundamentalmente, não consubstanciam mais do que “um catálogo de direitos que homem pode opor ao poder”, a sua elaboração atenta contra a ideia central do sistema de Rousseau, qual seja, a de que, pelo contrato social, o homem “se entrega por inteiro à sociedade sem nada guardar para si”¹⁸⁴.

Além disto, “transferindo do povo para a Assembleia dos representantes o poder de traduzir a vontade geral, a Declaração deturpou gravemente o pensamento de Rousseau”, no contexto francês¹⁸⁵.

Na realidade, o otimismo de Rousseau contagiou os constituintes de 1789, mas o pessimismo de Montesquieu – para quem todo aquele que detém poder tende ao abuso – fez o contrapeso. Eles temiam, sobretudo, a tradição arbitrária do executivo, personificada, à época, no rei e na corte. “Assim, as influências doutrinárias se juntam às preocupações concretas, a separação dos poderes e a subordinação do executivo à lei entram, pela Declaração, na tradição política francesa”¹⁸⁶.

¹⁸³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 43-44.

¹⁸⁴ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44.

¹⁸⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44. Dentre as críticas feitas a Rousseau, cumpre mencionar aquela que lhe dirigiu Ataliba Nogueira, dizendo: “[o] contrato social para êle foi o único meio capaz de fazer que o homem, que vivia feliz no ‘estado de natureza’, sem lutas, sem dores, fruindo paz e felicidade, passasse, depois, para a vida social, fazendo-se escravo voluntário da lei. Dá-nos o contrato a fórmula da obediência suave à lei do estado, porque os cidadãos afinal de contas não obedecem senão a si mesmos. (...). Tornou-se o homem escravo da coletividade, e denomina ROUSSEAU *direito sagrado* a ordem social proveniente deste contrato, tão mansamente reduziu o homem à escravidão. Por êle cada associado se alienou totalmente, com todos os seus direitos, à comunidade. (...) Justifica a sua teoria toda espécie de opressão. (...) É impossível estabelecer limites ao poder, numa teoria que identifica governantes e governados, autoridade e liberdade, estado e indivíduo” (NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 43). (Destaque no original)

¹⁸⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44-45. Partindo de um outro ponto de vista, não necessariamente antagônico, Maurizio Fioravanti sustenta que a Revolução Francesa é produto do entrelaçamento de vários constitucionaisismos. Especificamente com relação às ideias originárias de Hobbes e Rousseau, diz que deste último partiria a desconfiança para com os governantes; e que a conexão com Hobbes, estaria na refundação do poder político, saindo de uma ordem plural e composta, com grande apego à história do reino; e passando a uma ordem originária de um estado no qual, os indivíduos considerados em abstrato são perfeitamente iguais entre si, assumem

No final das contas, as ideias gestadas na Inglaterra influíram indiretamente sobre os franceses, por intermédio das Revoluções norte-americanas.

Na tradição inglesa, os **procedimentos** são o meio, por excelência, de frear abusos; e, em geral, desde a Carta Magna de 1215 e para além do *Bill of Rights* de 1688, os textos sempre guardaram conexão com alguma situação concreta em que a garantia dos direitos dos súditos frente ao poder se revelou necessária. “Daí resulta que os atos que fundamentam a liberdade na Grã-Bretanha sejam inseparáveis do meio institucional e jurídico no qual se inserem”; e, por conseguinte, que fora dos seus limites geográficos tenha reduzida influência. Isto se explica pelo fato de que “procedimentos são menos exportáveis do que ideias” e, neste caso, “por demais especificamente ingleses para obter uma audiência universal”¹⁸⁷.

No entanto, a “ideia de uma segurança jurídica organizada pelos textos”, tipicamente inglesa, os franceses acabam por assimilar através de Montesquieu e Voltaire, os quais – “não sem erros de interpretação”¹⁸⁸ – estudaram as suas instituições. E, além disto, porque os norte-americanos, em quem os franceses se inspiraram, diretamente, incorporam a tradição britânica.

a condição de povo e por meio da representação, submetem-se a autoridade do mesmo poder soberano. Segundo o autor, “[n]on sarà difficile rileggere in questa linea la stessa Dichiarazione dei diritti del 1789, che inaugura la rivoluzione francese. In essa troviamo infatti l’uguaglianza derivante dal fondamento naturale, per nascita, dei diritti, ma anche, e forse soprattutto, quell’uguaglianza che deriva dalla forza della legge, ovvero dalla uguale sottoposizione di tutti alla medesima legge intesa come espressione del principio di sovranità, che con la rivoluzione diviene ora sovranità della nazione. Gli stessi diritti degli individui, prima affermati nella Dichiarazione come preesistenti all’autorità politica, divengono poi possibili e concreti solo in quanto la legge li preveda. E anzi, la legge, proprio in quanto ‘volontà generale’, assume caratteri di tale forza e autorità da rendere difficile la sua contestazione sul piano legale. Una volontà diversa da quella del legislatore, capace di contrastare quella volontà, creerebbe infatti, sulla scia di Hobbes, non già un sistema più equilibrato e una più efficace garanzia dei diritti, ma un’intollerabile confusione sull’attribuzione dei poteri sovrani”. De Rousseau, por outro lado, proviria o princípio democrático, fator determinante para a Revolução. Nas palavras do autor: “Ma, per arrivare alla rivoluzione, manca ancora un passaggio. Se la missione della legge è la realizzazione del principio di uguaglianza, e se tale realizzazione avviene tramite il carattere ‘generale’ della legge, come garantire che il legislatore non ceda alle pressioni delle volontà particolari e personali? Come mantenere integro nel tempo quel carattere ‘generale’? Era necessario, in una parola, che il legislatore fosse continuamente richiamato all’adempimento della sua missione, che era quella di generare uguaglianza. E il soggetto che lo richiamava non poteva non essere quello che lo aveva istituito, ovvero il popolo sovrano. Era questa la prospettiva che balzava fuori in modo più evidente dal *Contratto sociale* di Jean-Jacques Rousseau. (...). En el terreno de la doctrina constitucional, Rousseau sigue ciertamente la esteia de Hobbes, en el sentido de que para ambos autores la garantía de los derechos no debe confiarse al equilibrio de poderes, sino a la fuerza de la ley general y abstracta. Pero Rousseau introduce un elemento nuevo, el de la desconfianza hacia los gobernantes” (FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009, p. 22-30).

¹⁸⁷ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 46.

¹⁸⁸ Ainda, conforme apontam Jean Rivero e Hughes Moutouh, os autores das Declarações americanas conheciam Locke, Montesquieu e Rousseau. Por isso os documentos que elaboram, sem abandonar o pragmatismo e a preocupação de criar procedimentos eficazes herdados dos atos ingleses, vão ampliar as perspectivas e afirmar princípios que têm um alcance geral, que lhes garantirá propagação” (RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 46-47).

A principal diferença, em uma palavra, é que o propósito subjacente à Revolução Francesa era o de consolidar um novo poder pela força da lei, ao passo que o da norte-americana era limitar o poder já existente e o próprio âmbito da lei. Na primeira, o poder constituinte estava vinculado, primordialmente, à soberania do povo. Na segunda, à uma noção de supremacia da Constituição, que tentava conjugar a soberania popular ao ideal de governo limitado¹⁸⁹.

De toda forma, com seus diferentes matizes, as Constituições que sucedem às norte-americanas e a Revolução Francesa, assemelham-se ao refletirem a doutrina do pacto social, no que se refere à fonte de legitimidade do poder e do Direito e ao postulado básico da auto-organização¹⁹⁰. Mas, pelo influxo de diferentes correntes doutrinárias, a própria ideia de limitação dos poderes se estabeleceu de maneira desuniforme. Embora presente nos diferentes contextos revolucionários, ela assumiu múltiplas acepções.

Pode-se dizer que, como designativa de um tipo de estrutura no bojo da qual as funções estatais são distribuídas entre diferentes órgãos, em nome da liberdade individual, a noção de separação de poderes (*separation of powers*) data do século XVII e nasceu na Inglaterra. Ela tem um passado mais remoto, que se relaciona com a doutrina da Constituição mista, mas adquiriu singular importância política, nessa época, quando se converteu em um elemento essencial do Estado de Direito Liberal e passou a se identificar com o postulado do equilíbrio entre os poderes¹⁹¹.

¹⁸⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009, p. 30-33.

¹⁹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 102.

¹⁹¹ Conforme relata Nuno Piçarra relata que, “[t]radicionalmente entendida como tendo por objetivo a limitação ou a moderação do poder político e a garantia da liberdade, a doutrina da separação de poderes entronca perfeitamente numa das vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado ocidentais, a qual remonta à Antiguidade grego-romana. Mais concretamente, é a teoria da constituição mista que constitui a sua raiz histórica remota. Todavia, a doutrina da separação dos poderes estaduais [estatais, no português do Brasil], prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo da liberdade individual, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII. Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da rule of law. Esta constitui, portanto, a sua raiz histórica próxima” (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 17-18). António Francisco de Sousa, no mesmo sentido, sinteticamente, explica que, “ARISTÓTELES (*Politik*, 1298 e segs.) distinguiu três categorias de funções do Estado: 1) As funções de um <<poder deliberativo e de decisão>> (votação das leis, relações externas – alianças, guerra e paz – nomeação e responsabilidade dos magistrados); 2) funções de decisão e de disposição dos magistrados; e, 3) jurisdição”. Além disto, “[t]anto PLATÃO como POLÍBIO propuseram uma forma mista de governo e aderiram à ideia de divisão do supremo poder do estado, limitando-o, assim”. Em Platão, “o programa de controlo e de moderação do poder adquiriu uma referência orgânica ainda mais forte”. Posteriormente, Políbio defendeu que “os diversos factores do poder deveriam ser reciprocamente contrabalançados”, inclusive, nas relações externas. “Também CÍCERO quis, tendo em vista a liberdade dos povos e a estabilidade do Estado, dar preferência a uma forma moderada e equilibrada de Estado (*De república* I, 69). MAQUIAVEL esperou uma maior solidez do Estado a partir de um controlo recíproco da <<monarquia, da aristocracia e do governo popular, reunidos num e no mesmo Estado>>. Por sua vez,

Em termos gerais, um elo entre a tutela de direitos e a forma moderada de governo se forma, nesse momento¹⁹². Isso, porém, não conduz à solidificação de um conceito de separação de poderes preciso e incontestado. Diversamente, o seu significado, que já não era indubitável, continuou cercado de ambiguidades e confusões¹⁹³.

Nada obstante, quando Locke reafirma a ideia de que a resistência ao despotismo se faz por meio de um governo moderado e equilibrado – no que se não desvincula da tradição constitucional anterior –, começa a tomar corpo uma concepção de separação de poderes que apregoa, fundamentalmente, ser proibida a acumulação das funções legislativa e executiva no mesmo sujeito¹⁹⁴. Na teoria dele, a figura do juiz, mesmo ocupando posição central – porque incorpora a própria finalidade pacífica da comunidade civil –, não integra um poder, propriamente. A função jurisdicional e a magistratura são condições *sine qua non* para a passagem da sociedade natural à sociedade civil, mas não formam um poder autônomo na estrutura do Estado¹⁹⁵.

ALTHUSIUS propôs uma «observação, vigilância e fiscalização recíprocas» entre os titulares do poder governativo e uma autoridade nomeada como guardião da Constituição (*Politica methodice digesta*, XVIII 92)” (SOUSA, António Francisco de. A Separação de Poderes em Locke. *Polis*, [S.l.], n. 4-5. p. 7-42. jul./dez.1995).

¹⁹² Em um arrazoado histórico sobre as origens do Estado de Direito (*Rule of law*), Friedrich August von Hayek, conta que, depois da morte da rainha Elizabeth I, os embates entre o soberano e o Parlamento se acirraram; e que, sob a influência da tradição clássica, grega e romana, especialmente, a ideias de liberdade e igualdade perante a lei – originárias, por exemplo, da proposta aristotélica de “government by laws and not by men”; e de ideias de Cícero, no sentido de que “we obey the law in order to be free” e de que “the judge ought to be merely the mouth through whom the law speaks” – ganharam força. Nas palavras dele, “[e]ver since a court had laid down in the famous Case of Monopolies [*Darcy v. Allein*] that the grant of exclusive rights to produce any article was ‘against the common law and the liberty of the subject’, the demand for equal laws for all citizens became the main weapon of Parliament in its opposition to the king’s aims”. Na sequência disso, outros eventos, tais como “o Recurso a Instância Superior para Correção de Injustiças (Petition of Grievances), de 1610”; o debate – no qual Edward Coke teve protagonismo – sobre o Estatuto dos Monopólios de 1624; e “a abolição, em 1641, dos tribunais especiais e, principalmente, da Câmara da Estrela (*Star Chamber*), que se tornara um tribunal secreto e arbitrário”; contribuíram para que esses temas permanecessem em constante debate. Segundo Hayek, quase ao mesmo tempo (referindo-se a esse último evento), “pela primeira vez tentava-se garantir a independência dos juizes” e, nos subsequentes vinte anos, “a luta para impedir a ação arbitrária do governo foi aos poucos se tornando o tema central dos debates”. Nesta toada, também aos poucos, “foram surgindo duas concepções fundamentais sobre a maneira pela qual seria possível salvaguardar os ideais básicos: a ideia de um Constituição escrita e o princípio de separação dos poderes” (HAYEK, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. edited by Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 233-250; e HAYEK, Friedrich August von. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 180-195).

¹⁹³ Nas palavras de M. J. C. Vile, “[t]he ‘doctrine of the separation of powers’ is by no means a simple and immediately recognizable, unambiguous set of concepts. On the contrary it represents na area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 2).

¹⁹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009, p. 26.

¹⁹⁵ Por outro lado, em Locke, “enquanto o poder judicial revela a essência da sociedade civil, o poder constituinte representa a condição de sua existência” (SOUSA, António Francisco de. A Separação de Poderes em Locke. *Polis*, [S.l.], n. 4-5. p. 7-42. jul./dez.1995). Geoffrey Marshall, sustenta a mesma posição, no que toca à inexistência, em Locke, de um poder judicial separado; e acrescenta que, para ele, o judiciário era considerado parte do executivo. (MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971, p. 102).

A bem da verdade, trata-se de um papel que o próprio legislativo deve desempenhar. Se não pessoalmente, indicando quem o faça. Uma vez “excluído o juízo particular de cada membro individual, a comunidade passa a ser o árbitro mediante regras fixas estabelecidas, imparciais e idênticas para todas as partes”¹⁹⁶. Eis a gênese da sociedade política. Ela, então, “passa a ter o poder de estabelecer qual punição, segundo seu julgamento, caberá às diversas transgressões cometidas entre os membros dessa sociedade (o que é o poder de elaborar leis), assim como tem o poder de punir qualquer dano cometido contra qualquer um de seus membros por alguém que não pertence a ela”¹⁹⁷.

Há um terceiro poder, mas é, precisamente, este último; e ele se denomina *federativo*. Locke pressupõe que ao todo interessa a solução de controvérsias envolvendo membros do corpo social e pessoas estranhas a ele; e a esse poder incumbe a gestão externa da segurança e do interesse público, reservando-lhe o poder da guerra e da paz, de fazer alianças, negociar e firmar acordos com sociedades políticas externas¹⁹⁸.

Não se trata, igualmente, de um poder – mesmo tido por distinto – separado e outorgado a outros agentes que não aqueles já encarregados da função executiva. Entende-se que, “como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinadas”¹⁹⁹; e que, uma hora ou outra, isso poderia desencadear “desordem e ruína”²⁰⁰.

Quanto ao fundamento dos poderes legislativo e executivo, tem-se que é a própria “renúncia por parte dos membros da sociedade ao seu poder de punir as infrações contra a lei natural e a força própria de que dispõem para fazer executar as sentenças”²⁰¹. Mas, a despeito de terem, ambos, importância determinante na construção de Locke, é ao poder legislativo que ele atribui supremacia²⁰².

¹⁹⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 458-459.

¹⁹⁷ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 458-459.

¹⁹⁸ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 516.

¹⁹⁹ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 517.

²⁰⁰ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 517.

²⁰¹ SOUSA, António Francisco de. A Separação de Poderes em Locke. *Polis*, [S.l.], n. 4-5. p. 7-42. jul./dez.1995.

²⁰² Certamente, não por outra razão ele sustenta quando a sociedade política se forma, ela estabelece um juiz na Terra, “investido de autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que possam advir a qualquer membro dessa sociedade – juiz este que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados” (LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 460). Sobre o sentido que Locke atribui a essa soberania do legislativo, M. J. C. Vile explica o seguinte: “[b]y legislative supremacy he does not mean that the executive is a mere office-boy, to be completely subordinated to the legislature *in the exercise of his own functions*. On the contrary the power of the legislature is itself limited to the exercise of *its own proper functions*. Locke, and his contemporaries, argued that although the ‘legislative power’ is supreme, even absolute, it is not arbitrary and unlimited” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 69).

Uma vez que a intenção dos homens, ao formarem a sociedade civil, seria a de desfrutar de sua propriedade com paz e segurança; e as leis seriam o instrumento hábil a lhes garantir isso, “a *lei positiva primeira e fundamental* de todas as sociedades políticas”, para ele, “é o *estabelecimento do poder legislativo* – já que a *lei natural primeira e fundamental*, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um de seus integrantes”²⁰³. Daí decorre a conclusão de que o *legislativo* “é não apenas o *poder supremo* da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado”²⁰⁴.

A lógica de sua atuação é peculiar, nada obstante. As pessoas nas mãos de quem esse poder é depositado devem, em assembleia, legislar e depois se separar, sujeitando-se às leis que criarem tanto quanto as outras. Imagina-se que, assim, trabalharão pelo bem público e não por alguma vantagem particular²⁰⁵. Ou seja, em Locke, uma ideia de separação de poderes aparece, mas não com sentido de independência e igualdade, tampouco como repartição ou isolamento²⁰⁶.

Muito disso se reflete na dinâmica de governo inglesa, onde a proposta de equilíbrio não se refere tanto ao exercício das diferentes funções, mas à alocação da autoridade soberana em torno dos princípios constitucionais monárquicos, oligárquicos e democráticos, representados, respectivamente, pelo Rei, os Lordes e os Comuns (*King, Lord, and Commons*)²⁰⁷.

Com Montesquieu, o cenário não se modificou radicalmente, mas se expandiu. O ponto de partida, nada obstante, é o mesmo de Locke: “la necesidad de frenar el abuso del poder simbolizado en la monarquia absoluta del momento”²⁰⁸.

²⁰³ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 502-503. (Destaque no original)

²⁰⁴ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 502-503. (Destaque no original)

²⁰⁵ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 515.

²⁰⁶ MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971, p. 102.

²⁰⁷ MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971, p. 101. Nas palavras do autor: “[i]n England there were theories of mixed government, and of checks and balances between the three Estates of the Realm. Here the balance was not so much between specialized governmental functions as between different total constitutional principles (monarchical, oligarchical, democratic) for allocating sovereign authority, and it is argued that these principles are respectively represented by King, Lord, and Commons”. Na sequência, ele, ainda, aponta o seguinte: “[t]he balance is here between different elements or estates sharing legislative power rather than a balance of legislative against other forms of power. Then there were the theories about the different modes in which royal power was exercised, and the common law doctrine of natural justice which frowned upon the notion of any authority executing and judging in its own cause”.

²⁰⁸ PARGA, Milagros Otero. División de poderes. Antes y ahora. *Boletín de La Facultad de Derecho*. Universidad de Santiago, n. 12, p. 119-139, 1997.

Na visão de Eduardo García de Enterría e Tomás-Romón Fernández, o que ele fez foi volatizar a essência profunda da realidade inglesa, marcada pela pluralidade dos poderes – “pluralidade que se unifica, somente, na idéia de *constitution*, que é uma idéia simples e confessadamente estrutural”²⁰⁹ –, “convertendo-a em um simples arbítrio pátrio e instrumental, em uma técnica engenhosa e mecânica para proteger a liberdade”²¹⁰. Mas a realidade é complexa e, a esta, outras perspectivas podem ser contrapostas.

Geoffrey Marshall, por exemplo, ao tratar de algumas das ambiguidades que cercam a ideia de separação de poderes, aponta que, uma, decorre do desacordo que existe acerca da descrição feita por Montesquieu sobre as instituições britânicas. Geralmente, tem-se que ela é inadequada; até mesmo quando ele (Montesquieu) reconhece que, no que se referia aos sujeitos, poderes e influência, as funções governamentais eram misturadas. Nada obstante, segundo o autor, também há quem considere que legislativo e executivo eram – e continuaram – separados quando *O Espírito das Leis (De l’Esprit des Lois)* foi escrito e que, portanto, em alguma medida, Montesquieu não estava errado²¹¹.

Marshall sugere que, de toda forma, o senhor de La Brède deveria ser perdoado por falar de separação de poderes ao se referir à constituição britânica e, particularmente, à separação ou independência do poder judiciário; e, sobre ela, ainda, como algo que diferenciaria

²⁰⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 38.

²¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 38.

²¹¹ MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971, p. 97. Também de uma perspectiva menos desfavorável, Luis Sanchez Agesta, aponta que não era tarefa fácil imitar o modelo britânico do século XVIII, “porque la Constitución inglesa no constaba de un texto escrito y el mundo de prácticas en que esa Constitución se desenvolvía apenas era perceptible por los propios ingleses. El Parlamento sí, estaba ahí, bien a la vista, como un órgano representativo, pero las relaciones entre la Corona y el Parlamento, sobre todo su desglose entre la figura simbólica del Rey, que representaba la unidad del pueblo y del poder público, y el Gabinete, que efectivamente ejercía los poderes de la Corona en relación con el Parlamento, era algo que escapó en esas fechas a todos los observadores y de que apenas eran conscientes los ingleses mismos que no tuvieran una participación destacada en la vida política. (...). Por esto hoy todos estamos de acuerdo en que las descripciones de Montesquieu, Voltaire y el mismo Delolme fueron equivocadas porque realmente en Inglaterra *no había una división de poder*, sino *una confusión de poder* en que el ejecutivo encarnado en el Gabinete estaba compuesto de miembros del Parlamento y el Parlamento mismo quedaba estrechamente vinculado por la existencia de los partidos a esos miembros del Gabinete, que, por un contraefecto paradójico, eran los líderes de una mayoría que imponía sus criterios en las decisiones del Parlamento” (SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y Division de Poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981, p. 9-42). Paulo Bonavides, igualmente em tom mais compreensivo, diz: “[c]onsta haver Montesquieu cometido equívoco fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática daquele princípio de organização política, porquanto na ilha vizinha o que efetivamente se passava era o começo da experiência parlamentar de governo, esbatendo toda a distinção de poderes. Mas ressaltam os bons tratadistas que se erro houve, esse erro há de ter sido fecundo, visto que enriqueceu o constitucionalismo europeu de seu instrumento mais poderoso e mais rígido de proteção e garantia das liberdades individuais, a saber, a separação de poderes” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147).

a Inglaterra de outros governos monárquicos continentais. Tudo, porque o estilo americano de separação ainda não havia surgido em 1748²¹².

Seja como for, o que Montesquieu teria percebido, na visão de Nicola Abbagnano é que “a liberdade da qual os cidadãos gozam num Estado não depende da forma de Governo desse Estado, mas da limitação dos poderes garantida pela ordenação do Estado”²¹³. Eis a razão pela qual essa limitação dos poderes, para um governo moderado, tinha importância nuclear, no pensamento dele²¹⁴.

Esses poderes, todavia, não são equivalentes àquele poder soberano que se unifica no povo. Montesquieu não era um contratualista. Para ele – no que se aproxima da teoria das constituições mistas – a limitação do poder político adviria de sua distribuição entre os diversos estamentos sociais²¹⁵. Daí, em parte, a afirmação de Louis Althusser de que a teoria de Montesquieu engendrou o mito de uma separação do poder em três: “o executivo (o rei, os seus ministros), o legislativo (a câmara baixa e a câmara alta) e o judicial (o corpo de magistrados)”²¹⁶, recobrando cada um deles, supostamente, “uma esfera própria, isto é, uma função própria, sem qualquer interferência”²¹⁷.

Apoiando-se em Charles Eisenmann, Althusser aponta não só que Montesquieu não achava inconcebíveis interferências do executivo no legislativo ou no judiciário²¹⁸, como sustenta que, em verdade, “não se tratava de *separação*, mas de *combinação*, de *fusão*, e de

²¹² Nada obstante, o pioneirismo na discussão sobre freios e contrapesos (*check and balances*) é atribuído ao autor inglês Henry St. John, o Visconde de Bolingbroke, e há razões para crer que Montesquieu também foi influenciado por ele. Segundo Carl Schmitt, “[t]he actual progenitor of the constitutional-theoretical teaching of the balance of powers is Bolingbroke, who propagated the idea of a reciprocal control and balancing, however, only in politically engaged writings and essays, not in a systematic exposition” (SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham e Londres: Duke University Press, 2008, p. 221). E, como conta M. J. Vile, “Bolingbroke was well acquainted with Montesquieu, and the latter undoubtedly gained much of his knowledge of the separation of powers doctrine from Bolingbroke and his writings” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 79-80).

²¹³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 487.

²¹⁴ Milagros Otero Parga, a este respeito, comparando Locke e Montesquieu, diz que “ambos autores buscan la libertad, pero difieren en la forma de alcanzarla” (PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora. Boletín de La Facultad de Derecho*. Universidad de Santiago, n. 12, p. 119-139, 1997).

²¹⁵ NUNES, José Amaury Maia. *Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça*, 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35706/separacao_poderes_legitimacao_nunes.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

²¹⁶ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 129.

²¹⁷ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 129.

²¹⁸ A prova disso estaria, por exemplo, nos fatos de que, na sua teoria, o rei possui direito de veto, interferindo, portanto, no executivo; o legislativo tem, em alguma medida, direito de vigilância sobre o executivo, para controlar a aplicação das leis criadas; e o legislativo ingere seriamente sobre o judicial, constituindo-se como tribunal pelo menos em três circunstâncias (os nobres não são julgados por juízes populares, mas por seus pares da câmara alta; em matéria de anistia; e em processos políticos) (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 130-131).

ligação dos poderes”²¹⁹, sendo determinante para tal conclusão a constatação de que o poder judicial não era, para ele (Montesquieu), um poder, em sentido próprio²²⁰.

Especialmente quando Althusser diz, diante disto, que “[e]ncontramo-nos então em face de *dois poderes*: o executivo e o legislativo”, vê-se a semelhança com Locke²²¹.

Em Montesquieu, três seriam o número de potências entre as quais o poder se distribuiria, sendo elas: “o rei, a câmara alta e a câmara baixa. Isto é: o rei, a nobreza e o «povo»”²²². E a sua pretensão era, precisamente, promover a ligação dessas três potências, combinando-as.

Isto, na visão de Althusser, antes de corresponder a um problema jurídico de definição da legalidade e suas esferas, refere-se a um problema político que envolve relações de forças. “Assim se esclarece o famoso problema do governo *moderado*. A verdadeira moderação não é nem a estrita separação dos *poderes* nem a preocupação e o respeito jurídico da *legalidade*”²²³. É, na realidade, o equilíbrio dos poderes, que se estabelece com a “*divisão dos poderes entre as potências*, e a limitação ou moderação das pretensões de uma *potência pelo poder* das outras. A famosa *separação dos poderes* não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza, o «povo»”²²⁴.

Agora, no que toca aos juízes, Montesquieu, efetivamente, manifestou posição no sentido de terem de ser independentes. Condizente – ou não – com a realidade inglesa que lhe teria servido de modelo, o fato é que a ideia convergia com a tese que ele pretendia afirmar.

A ela (ou seja, à ideia da independência dos juízes), Montesquieu vinculou a liberdade política – que, para ele, guardaria conexão com uma tranquilidade de espírito advinda da

²¹⁹ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 130-131. (Destaque no original)

²²⁰ “[D]e facto, para ele [Montesquieu], o juiz não passa de uma presença e de uma voz. É um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei” (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 130-131).

²²¹ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 133. (Destaque no original) Verdadeiramente, Montesquieu, fragmenta o poder executivo em dois; e dentro de cada subdivisão aloca diferentes funções. Quando a eles se refere – dentro de um tópico denominado “Da constituição da Inglaterra” –, diz, textualmente, o seguinte: “[e]xistem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168).

²²² ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 133-134.

²²³ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 133-134 (Destaque no original)

²²⁴ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 134-135. (Destaque no original)

opinião que cada um teria sobre a sua segurança –, dizendo que a existência desta última depende de que o governo garanta aos cidadãos que, um, não precise temer o outro. E é dentro dessa perspectiva que ele sustenta que “[q]uando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade”²²⁵. Admitida uma tal junção, segundo ele, leis tirânicas poderiam ser criadas por um monarca ou um senado, exatamente, para serem tiranicamente executadas. Ainda, para o autor, a liberdade ficaria de igual modo comprometida, se ao poder de julgar se pudesse se associar aos poderes de legislar e executar²²⁶.

As reflexões subsequentes de Montesquieu acerca dos prejuízos decorrentes de abusos de poder e dos meios de contenção parecem ficar mais claras – além de poderem, quiçá, ser mais bem aproveitadas –, quando essas sutilezas são tomadas em conta.

Para cada forma de governo, ele atribuiu um princípio. À democracia (governo popular), disse ser imprescindível a virtude. Virtude no sentido de que, aquele que faz executar as leis, também deve se sentir submetido a elas e deve estar disposto a suportar o seu peso²²⁷. Para Montesquieu, o mesmo princípio seria menos necessário, mas também importante aos governos aristocráticos, dado que, aqueles incumbidos de executar as leis contra seus colegas, precisam resistir ao sentimento de que, com isto, estariam agindo contra si mesmos²²⁸.

A virtude apenas não seria o motor (*ressort*) das monarquias²²⁹. Coloca-se, no seu lugar, a honra. Junto à força das leis, no entendimento de Montesquieu, ela (a honra) conduziria o governo ao seu objetivo, tal qual a virtude o faria nas democracias. Sem esses princípios – virtude, nas democracias e aristocracias, e honra, nas monarquias – qualquer dos governos seria imperfeito e estaria corrompido, com prejuízo à liberdade. Percebe-se, nada obstante, que a preocupação é a mesma em todos os casos: os abusos de poder²³⁰. Tanto pela ênfase que ele dá

²²⁵ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

²²⁶ Neste sentido, Montesquieu ainda afirma que, “[s]e estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168).

²²⁷ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 32.

²²⁸ Neste sentido, afirmava o seguinte: “A natureza deste regime é tal que parece que ela coloca as pessoas sob o poder das leis, e ela mesma as subtrai a este poder. Ora, tal corpo só pode ser reprimido de duas maneiras: com uma grande virtude, que faz com que os nobres se tornem de alguma forma iguais a seu povo, o que pode vir a formar uma grande república; ou com uma virtude menor, que é certa moderação que torna os nobres pelo menos iguais entre si, o que promove sua conservação. Assim, a *moderação* é a alma destes governos. Refiro-me àquela baseada na virtude, e não à que vem de uma covardia ou de uma preguiça da alma” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 34).

²²⁹ Dos governos despóticos também não, naturalmente. O princípio de tais governos, no entendimento de Montesquieu seria o temor (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 38).

²³⁰ Aliás, neste sentido, basta ver a ênfase que o autor dá às anomalias dos governos despóticos, no Capítulo IX, do Livro Terceiro, nos Capítulos III e XII, do Livro Quarto, nos Capítulos XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, do Livro Quinto, dentre outros, no seu *O espírito das leis*.

à análise dos efeitos da corrupção desses princípios²³¹, quanto pela afirmação de que somente em governos moderados pode existir liberdade; e, ainda assim, desde que não haja abuso de poder. Eis a premissa de que se parte: “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a abusar; ele vai até onde encontra limites”²³². Portanto, até a virtude precisaria de limites, na visão do autor.

Na sequência destas colocações é que ele, então, apresenta a célebre conclusão de que “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”²³³.

Nitidamente, Montesquieu não era otimista com relação à capacidade dos governos e dos governantes de resistirem à prática de arbitrariedades. Por isto entendia inviável – ao menos em regra – que as competências de uma dada autoridade pudessem ser exercidas por outra; e, daí, a ideia de uma divisão orgânico-funcional que funcionasse como limitação ao poder. Em última análise, a fragmentação dos atos de legislar, executar e julgar; e a atribuição da respectiva competência a autoridades diferentes, no entender do autor, dificultaria os abusos. Montesquieu jamais afirmou, no entanto, que do completo alheamento de uma atividade com relação às outras é que adviria a moderação necessária para um governo virtuoso ou honrado.

1.2.1 A Mescla das influências francesa, inglesa e norte-americana

O fato, ao que parece, é que, da obra de Montesquieu, os líderes da Revolução Francesa extraíram a sustentação de que precisavam para o modelo de separação de poderes que queriam implementar. Isto não quer dizer que não lhe tenham feito adaptações ou que tenham sido inteiramente fiéis a ela. Talvez, em alguma medida, as reservas que muitos autores apresentam com relação à descrição do senhor de La Brède sobre as instituições inglesas se credibilizem por isto. A separação de poderes estabelecida na França – sobretudo no que diz com a função de julgar –, depois da Revolução, não é uma réplica daquela existente na Inglaterra. Se a única razão disto é uma distorção feita por Montesquieu, já é outra questão.

De toda forma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que a história inglesa contraria a generalização que Montesquieu faz ao afirmar que não há liberdade quando o poder de julgar não é separado do legislativo e do executivo. Nas palavras dele, “o direito comum, a *common law*, fonte da maior parte das franquias liberais, se desvenda no seguimento e na

²³¹ Especificamente, no Livro Oitavo, de *O espírito das leis*.

²³² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

²³³ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

sucessão das decisões judiciais. A jurisdição e a legislação assim se confundiam nos mesmos órgãos²³⁴. Nada obstante, é lá, no Direito inglês, sob a dinâmica do *common law*, “que se firma a idéia de que o *rule of law* implica que todos os homens, sem exceção, se sujeitam aos mesmos juízes, ou tribunais, que se lhe aplicam a mesma lei”²³⁵.

Ao explicar no que consiste o *rule of law* e apresentar as bases de sua formulação no contexto inglês – distinguindo-a do *droit administratif* francês –, Albert Venn Dicey elucida algumas questões a este respeito²³⁶. Segundo o autor, por ele, apregoa-se que a liberdade individual não decorre da Constituição – fosse assim, ela poderia ser suspensa ou mesmo retirada –; faz parte dela (a liberdade da Constituição) porque é inerente à lei comum da terra (*the ordinary law of the land*), de modo que, a menos que houvesse uma revolução nas instituições, dificilmente poderia ser destruída. Ou seja, sendo o *rule of law* a base da Constituição, ela própria somente poderia ser suspensa por uma revolução²³⁷.

E, dentre os significados que assume, enquanto princípio fundamental da Constituição, neste aspecto, destaca-se a igualdade perante a lei, da qual decorre a sujeição de todas as classes de pessoas à lei da terra administrada pela Cortes ordinárias; e pela qual fica excluída a hipótese de que funcionários ou outras autoridades sejam dispensadas do dever de obediência a ela e aos tribunais ordinários. Eis o que Dicey aponta não se encaixar na lógica do direito administrativo (*droit administratif*) e dos tribunais administrativos (*tribunaux administratifs*) franceses, onde as questões e disputas envolvendo governantes e servidores estão além da esfera das cortes civis e precisam ser resolvidas por órgãos especiais²³⁸.

²³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

²³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

²³⁶ No que também é referenciado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora de forma mais sintetizada (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36).

²³⁷ Nas palavras dele: “[t]he matter to be noted is, that where the right to individual freedom is a result deduced from the principles of the constitution, the idea readily occurs that the right is capable of being suspended or taken away. Where, on the other hand, the right to individual freedom is part of the constitution because it is inherent in the ordinary law of the land, the right is one which can hardly be destroyed without a thorough revolution in the institutions and manners of the nation. (...). The constitution being based on the rule of law, the suspension of the constitution, as far as such a thing can be conceived possible, would mean with us nothing less than a revolution” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. ed. Londres: Macmillan Press, 1959, p. 202).

²³⁸ Tal como explica o autor: “[t]hat ‘rule of law,’ then, which forms a fundamental principle of the constitution, has three meanings, or may be regarded from three different points of view. It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else. It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts; the rule of law in this sense excludes the idea

Em torno disso se estabelece uma discussão sensível acerca da própria origem do Direito Administrativo, a qual divide a doutrina. Este não é, exatamente, o aspecto mais importante desses eventos para a presente análise. De todo modo, cumpre mencionar algumas posições doutrinárias que se conectam à reflexão sobre o tema da separação dos poderes.

Segundo Paulo Otero, a origem do direito administrativo contradiz postulados da tradicional interpretação do dogma da separação dos poderes, dado o protagonismo que o Conselho de Estado francês desempenhou na sua formação. Diz ele que, ao criar o Direito Administrativo, a jurisprudência do *Conseil d'Etat* acabou por ser imiscuir naquele que seria o papel do legislador e do parlamento, sendo que aquelas regras e princípios gerais ligados à gênese do Direito Administrativo teriam sido, na realidade, produzidos com um alheamento da vontade geral expressa na lei e com a derrogação dos postulados teóricos de Rousseau e de Montesquieu²³⁹. Ainda, para o mesmo autor, a ideia garantista de que a jurisdição administrativa simbolizaria o poder se submetendo ao direito não passaria de uma ilusão, já que a própria criação dela estaria baseada “na desconfiança dos revolucionários franceses contra tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade reinante nesses últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de acção das autoridades administrativas revolucionárias”²⁴⁰. E, portanto, nesse sentido, o princípio da separação dos poderes teria sido invocado apenas como pretexto e com o concreto objetivo político de legitimar um modelo contencioso no qual a Administração julgaria a si mesma, alargando a sua esfera de liberdade decisória e imunizando a sua atividade a qualquer controle judicial²⁴¹.

Julgar a administração ainda seria administrar. Esta era a tese. Daí estar a jurisdição administrativa, na sua configuração original, em concordância com a separação de poderes. Sobre isso, Romeu Felipe Bacellar Filho explica que “[o] pensamento nuclear da Revolução Francesa, que engendrou a construção da Jurisdição Administrativa, fundamentava-se na ideia de que se os processos administrativos pudessem ser julgados pelos órgãos judiciários, dar-se-

of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals; there can be with us nothing really corresponding to the ‘administrative law’ (*droit administratif*) or the ‘administrative tribunals’ (*tribunaux administratifs*) of France. The notion which lies at the bottom of the ‘administrative law’ known to foreign countries is, that affairs or disputes in which the government or its servants are concerned are beyond the sphere of the civil courts and must be dealt with by special and more or less official bodies. This idea is utterly unknown to the law of England, and indeed is fundamentally inconsistent with our traditions and customs” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. ed. Londres: Macmillan Press, 1959, p. 202-203).

²³⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 269-270.

²⁴⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 269-270.

²⁴¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 275.

ia poder para que estes tumultuassem a atividade administrativa, restando comprometida a independência da administração”²⁴². Ele prossegue dizendo que esse raciocínio tinha um sentido histórico inequívoco, o qual remontava aos Parlamentos do Antigo Regime e guardava relação com um sentimento generalizado de desconfiança em face do Poder Judiciário; e, então, conclui que “o aporte jurídico para a conformação deste pensamento foi realizado por via de uma peculiar interpretação do princípio da separação dos poderes”²⁴³.

Na prática, instituiu-se uma espécie de foro especializado para o julgamento das questões da Administração, desligado da estrutura da jurisdição ordinária e munido de autonomia e independência. Se a proposição originária visava, exclusivamente, imunizar os órgãos do Poder Executivo contra o controle judicial, de modo a viabilizar que a lógica de verticalidade que regia as relações do soberano com seus súditos no Antigo Regime se mantivesse, é uma pergunta difícil de responder.

Nada obstante, dando uma direção para se pensar a resposta, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem apontam que, “[a] burguesia francesa de então (e não só ela, mas também parte da aristocracia e de outros setores do Terceiro Estado) lançou mão das teorizações iluministas da ilustração, aproveitando as lições de exponenciais pensadores e adaptando-as ao

²⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar.1998. p. 66.

²⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar.1998. p. 66. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, *verbis*: “[u]ma certa compreensão radical do princípio da divisão de poderes acabou por justificar, na França, a criação do Conselho de Estado. Não seria admissível que o Judiciário julgasse os atos da Administração, já que isso configuraria uma hipótese de quebra da separação dos poderes e, em consequência, diminuiria a autonomia da Administração. Hoje, a existência de jurisdições administrativas, vinculadas ou não ao Executivo, embora sempre dotadas de autonomia e independência, mantém-se por outros motivos” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36). Ainda, analisando a mesma questão, Gustavo Binbenojm elucida que: “[o] direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d’État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas da decisão autovinculativa do próprio Executivo” (...) Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. De fato, a atribuição da função de legislar sobre direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados. (...). A invocação do princípio da separação de poderes foi um simples pretexto, mera figura de retórica, visando a atingir o objetivo de alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial. Aliás, o modelo de contencioso em que a Administração julgaria a si própria não representou qualquer inovação da Revolução Francesa, sendo, ao revés, uma continuidade daquele vigorante no Antigo Regime” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-13).

sabor de seus interesses, elaborando princípios filosóficos próprios que sustentavam a sua ideologia”²⁴⁴. Ainda, ressaltando que a importância do pensamento e do movimento em nada diminui, enquanto fenômenos de transformação social, eles explicam que “essa mesma burguesia olvida-se da universalidade daqueles princípios, não os aplicando todos na prática ou defendendo-os apenas de maneira formal”²⁴⁵.

No mesmo sentido – e falando especificamente da separação dos poderes – Fernando Rister de Sousa Lima e Orlando Villas Bôas Filho afirmam que: “[a] ‘separação dos poderes’ apareceu intrinsecamente relacionada aos valores liberdade, modernidade, constituição e desagravo à monarquia, em destaque naquele período da história”²⁴⁶; e, segundo eles, os líderes da Revolução Francesa se valeram da ideia para justificar a sua divisão de poderes. Todavia, no plano teórico, dizem ser questionável a sua integral aderência à doutrina de Montesquieu, vez que ele apenas teria mencionado a separação de três funções de um mesmo poder; e não se pode dizer que ele tenha almejado mais do isso²⁴⁷.

²⁴⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. p. 165.

²⁴⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. p. 165.

²⁴⁶ LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. p. 201.

²⁴⁷ Os mesmos autores acrescentam, ainda: “além do mais, outorgou-se pelos revolucionários e, posteriormente, pelos próprios constitucionalistas, sentido ao texto em comento, em constantes assertivas onde se rotulam expressões não presentes em seu bojo, sendo, nesse contexto, muito mais hermenêuticas contaminadas pelo espírito liberal, do que mesmo novas luzes filosóficas. Exemplo emblemático dessa perspectiva é a própria divisão de poderes, pois Montesquieu nunca fez tal afirmação, apenas mencionou a separação de três funções de um mesmo poder. (LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018). Sobre o mesmo assunto, Karl Loewenstein, explica que existiria um dogma equiparando o constitucionalismo e a separação de poderes e que a sua formulação clássica remeteria – precisamente – ao disposto no art. 16, da Declaração francesa dos direitos do homem, de 1789. Ele relata, também, que na Assembleia constituinte, Lally-Tollendal teria explicado com uma lógica convincente a razão de serem necessários três poderes, nos seguintes termos: “[u]n pouvoir unique mira nécessairement par dévorer tout. Deux se combattraient jusqu'à l'un auraitecrasé l'autre. Mais trois se maintiendraient dans un parfait equilibre de maniere que si deux lutteront ensemble, le troisieme, également interesse au maintien de l'un et de l'autre, se joigne à celui qui est opprimé contre qui opprime, et amene la paix entre tous”. Para o autor, essa manifestação é uma perfeita ilustração do pensar mecanicista ao qual se deve o nascimento da doutrina da separação de poderes; e, ainda, afirma o seguinte: “[I]o que en realidad significa la asi llamada «separación de poderes», no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de «poderes», pese a profundamente enraizado que está debe ser entendido en este contexto

Vê-se, logo, que há questões de tradução e interpretação implicadas nisso. De qualquer maneira, o ponto é que traços dessa tradição francesa estão presentes na genealogia da denominada independência entre as instâncias judicial e administrativa instituída no Brasil²⁴⁸ – certamente, também, com interpretações próprias –, em meio a outras.

Conforme refere Helena Regina Lobo da Costa²⁴⁹, a doutrina, de fato, aponta que a origem da independência entre as instâncias está no direito francês. “Ocorre que o direito administrativo brasileiro inspirou-se no direito americano para acolher, especificamente, a

de uma maneira meramente figurativa” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría da la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986, p. 54-56).

²⁴⁸ Tal como afirmam Napoleão Nunes Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia, “[n]o Brasil, durante a fase colonial de sua história, não se conheceu, nem de longe, a separação de poderes, ou de funções estatais (...); e “[o]s juristas da fase imperial, praticamente sem exceção, verbalizaram posições contrárias à intervenção do Poder Judicial nas coisas da Administração, porque, como alvitado pelo notável VISCONDE DO URUGUAI (Paulino José Soares, 1807-1866), violaria o grande princípio da divisão de poderes, embarçaria a cada passo a Administração e mataria a sua responsabilidade” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo Sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 88) De fato, em algumas das lições de Paulino José Soares de Souza sobre essa matéria a influência francesa é notável. À pergunta “quem deve exercer a jurisdição contenciosa administrativa?”, ele respondia, dentre outras coisas, com o seguinte: [p]orquanto o contencioso administrativo nasce necessariamente das consequências, resultados e interpretação dos atos administrativos. A administração não deixa de administrar ainda mesmo quando resolve sobre matérias contenciosas administrativas. Os atos de jurisdição que então exerce são o complemento da ação administrativa. Portalis [Joseph-Marie, conde de Portalis (1778-1858), juriconsulto, político e diplomata francês, conforme nota de rodapé nº 42] e Henrion de Pansey, ambos primeiros presidentes do Tribunal de Cassação na França, observam que, em matéria administrativa, trata-se sobretudo de conservar e proteger os interesses gerais, comuns e coletivos, e que se é mister vigiar com cuidado para que os interesses e direitos privados não sejam sacrificados pela ação administrativa, não é menos necessário impedir que a ação administrativa seja peada na sua marcha e sacrificada ao interesse particular. Assim, para não cair na confusão e na anarquia, é indispensável que os atos administrativos, isto é, que os atos que emanam da autoridade administrativa sobre assuntos administrativos, não fiquem por modo algum dependentes do outro poder. (...). Não tem faltado que queira entregar a solução das questões contenciosas administrativas ao poder Judicial. Mas esse modo de proceder traria as seguintes consequências: 1º) Violaria o grande princípio da divisão dos poderes. 2º) Faria intervir o Poder Judicial na Administração. 3º) Embarçaria a cada passo a administração. e 4) Manteria a sua responsabilidade envolvendo a mesma Administração com o poder Judicial” (SOUSA, Paulino José Soares. *Visconde do Uruguai*. Organização e Introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: 34, 2002, p. 156-159). Na mesma linha, Prudêncio Giralde Tavares Veiga Cabral, sustentava que: “a separação dos poderes judiciario, e administrativo é o principio fundamental, sobre que repousa a nossa ordem politica desde que foi proclamada a Constituição; desta separação profunda dos Poderes Judiciario e Administrativo naturalmente se deriva a instituição da justiça administrativa; porque administrar é assegurar a execução das leis no interesse geral, e local, ou tomar precauções uteis aos interesses collectivos da agricultura, commercio e industria; mas para assegurar a execução das leis é preciso dar ao Poder Executivo o direito de remover os obstaculos, ou decidir sobre as reclamações porque de outro modo a Administração se tornaria impossível ou dependente tornar-se-hia impossível se não tivesse o direito de remover os obstaculos, que perturbassem a sua marcha; tornar-se-hia dependente se houvesse outro poder, que decidisse entre e ella, e, os cidadãos. (...) o poder; que lhe fosse superior aniquilaria por força das cousas a independencia da Autoridade Administrativa, e não havendo liberdade, não haveria acção administrativa: administrar pois é não só executar as leis, mas tambem decidir as difficuldades da execução, e julgar as reclamações provenientes dela (...) portanto o poder de administrar importa logicamente o poder de julgar administrativamente, isto é, a jurisdição” (CABRAL, P. G. T. Veiga. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 71-73).

²⁴⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 221.

unidade da jurisdição com o Dec. 848, de 11.10.1890, a partir do qual a administração passou a ficar subordinada ao controle jurisdicional”²⁵⁰.

Tal como recorda Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a exposição de motivos desse decreto consignava que: “é a vontade absoluta das Assembleias Legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como vão se extinguindo as doutrinas do arbítrio do soberano do Poder Executivo. Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído e aquele que agora se inaugura”²⁵¹; e, segundo ela, isso ocorreu no início do período republicano, quando o Poder Moderador e a jurisdição administrativa (antes atribuída ao Conselho de Estado) foram suprimidos, “porque se abandonou a influência francesa da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade da jurisdição”²⁵².

Pois bem. Há, de fato, substanciais diferenças entre os modelos jurisdicionais norte-americano e francês, assim como, outros foram os propósitos políticos e as influências doutrinárias que os moldaram na modernidade. No contexto norte-americano, nota-se mais o influxo da teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*).

Em os *Federalistas* ela foi aprofundada, mas, originariamente, quem a trabalhou foi Henry St. John, o Visconde de Bolingbroke, em oposição ao regime de gabinete (*ministerial system* ou *cabinet government*) instituído na Inglaterra entre os anos de 1721 e 1745, no governo do primeiro-ministro Robert Walpole. Com efeito, apoiado em um discurso que fazia acirrar a rivalidade entre os partidos parlamentares em evidência naquela altura (*whigs* e *tories*) – e se beneficiando disso –, Walpole implementou um modelo de governabilidade clientelista e afeito à corrupção, que lhe garantiu por um longo período maioria parlamentar²⁵³.

²⁵⁰ O qual, por sua vez, assemelha-se ao modelo inglês, como se viu.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 5, p. 1-25, jan./mar.2006. p. 14.

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 5, p. 1-25, jan./mar.2006. p. 14.

²⁵³ Conforme explicam Christian Edward Cyril Lynch e Paulo Henrique Paschoeto Cassimiro, “os *whigs* da primeira metade do século entendiam que a supremacia do Executivo era possível desde que ele obtivesse maioria no Legislativo; ao passo que os *tories* sustentavam que os poderes deveriam ser radicalmente independentes para preservar o equilíbrio do governo misto”. Mas que “os discursos *whigs* e *tories* começaram a ser reconfigurados ainda na década de 1690, com a subida dos primeiros ao poder”, sendo que “[a]ssustada com o crescimento da burocracia, da corrupção e do exército profissional, a minoria *tory* na oposição reafirmou seu compromisso com o ideal republicano de uma comunidade de proprietários fundiários independentes, cuja estabilidade dependia de arranjos fundados no princípio material da propriedade de terra”. (...). Assim como parte significativa dos *whigs* na última década da dinastia Stuart mobilizava o republicanismo contra a “tirania” de Carlos II e Jaime II, depois da Revolução Gloriosa e a consolidação da oligarquia *whig* no poder, quando da ascensão da dinastia de Hannover, foi a maioria do partido *tory* que – posta em longo ostracismo e liderada por Bolingbroke – passou a exprimir-se na oposição através da linguagem do republicanismo cívico” (LYNCH, Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. *As Metamorfoses Ideológicas do Pensamento Britânico Setecentista do Republicanismo: de Bolingbroke ao Liberalismo de Burke (1720-1770)*. *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, [S.l.], v. 35, n. 102, p. 1-19, 2020).

Enquanto chefe do partido *tory*, à época, Bolingbroke liderou um movimento contrário ao governo de Walpole, tendo escrito na década de 1730 três textos, de cuja leitura se retiram as suas teses: *A Dissertation upon Parties* (1733-34), “*On the Spirit of Patriotism*” (1736) e *The Idea of a Patriot King* (1738)²⁵⁴.

Em apertadíssima síntese, ele entendia que as constituições puras (monárquicas, aristocráticas e democráticas) tendiam à tirania; que somente uma constituição mista poderia viabilizar um governo virtuoso e estável; e que para ser sadia, a organização política da sociedade haveria de ser apartidária²⁵⁵. Para ele, segundo Edward Cyril Lynch e Paulo Henrique Cassimiro, “só um governo de união nacional, baseado em uma conciliação que dissolvesse a divisão entre *tories* e *whigs*, poderia volver aos princípios germânicos e republicanos da Constituição e interromper o processo de sua degeneração”²⁵⁶.

O parcial compartilhamento e a parcial separação das funções do governo entre os seus diferentes órgãos eram uma característica do sistema inglês. O que Bolingbroke dizia é que independência que se lhes atribuía – a qual acabou transvertida em corrupção –, era perfeitamente compatível com a ideia de mútua dependência. Cada um dos órgãos teria o poder de exercer controle sobre os outros, estabelecendo-se, de consequência, uma mútua dependência. Para ele, a interdependência era o pré-requisito da independência²⁵⁷.

²⁵⁴ BOLINGBROKE. Political Writings. In: GEUSS, Raymond; SKINNER, Quentin (Ed.). *Cambridge Texts in the History of Political Thought*. Disponível em: BOLINGBROKE-Political-Writings-by-Henry-Bolingbroke-z-lib.org.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

²⁵⁵ Harvey C. Mansfield explica o pensamento de Bolingbroke, neste aspecto, dizendo que: “[b]ecause it is possible to have society based on truth, Bolingbroke believes that it is possible to have society without parties. (...). Bolingbroke's premise, the premise of modern natural law that society can be based on truth, inspires an extraordinary intolerance by its ambition and a corresponding tolerance either by its initial confidence or by its later disillusionment. If society can be based on truth, the political organization of society can be non-partisan; and if politics can be made non-partisan, parties can be made harmless or even beneficente” (MANSFIELD, Harvey. *Statesmanship and party government: a study of Burke and Bolingbroke*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013, p. 64). No mesmo sentido: LYNCH, Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. As Metamorfoses Ideológicas do Pensamento Britânico Setecentista do Republicanismo: de Bolingbroke ao Liberalismo de Burke (1720-1770). *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, [S.l.], v. 35, n. 102, p. 1-19, 2020).

²⁵⁶ LYNCH, Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. As Metamorfoses Ideológicas do Pensamento Britânico Setecentista do Republicanismo: de Bolingbroke ao Liberalismo de Burke (1720-1770). *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, [S.l.], v. 35, n. 102, p. 1-19, 2020. p. 7.

²⁵⁷ Nas palavras de M. J. C. Vile: “[t]hus a partial sharing and a partial separation of the functions of government among distinct bodies of persons was the fundamental characteristic of the English system of government. Bolingbroke then presented a defence of his view that the independence of the parts of the government, which is subverted by the system of corruption, was perfectly compatible with their ‘mutual dependency.’ The parts of the government have each the power to exercise some control over the others, and they are therefore mutually dependent. This does not mean that they cannot and should not be independent of each other also. Indeed the independence of the branches is a necessary prerequisite to their being interdependent, for if it were not so then ‘mutual dependency is that moment changed into a particular, constant dependency of one part’ on the others. Thus there would be no balance at all” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 81).

Na Inglaterra, as disputas políticas da primeira metade do século XVIII giraram muito ao redor disso, ou seja, em torno de diferentes perspectivas sobre a separação de poderes, sendo que a aplicação das ideias da doutrina da separação dos poderes à teoria do governo misto, resultou na teoria dos pesos e contrapesos (*checks and balances*). Diversamente do que se tinha, antes, no âmbito da teoria do governo misto, a ideia, agora, era a de que os órgãos do governo deveriam se relacionar entre si, sem prejuízo de sua independência²⁵⁸.

O dilema – marcado por interesses políticos – era a dose e o formato da independência que se deveria atribuir a cada órgão. Ao que parece – justo –, por conta daquele que era, à época, o problema político central: “o uso de ‘influência’ na política, o suborno de eleitores e a corrupção de membros da Câmara dos Comuns a fim obter maioria favorável ao Ministério. Esse sistema de influência pode ser visto com a primeira das conexões entre os poderes legislativo e executivo que formaram a base para o desenvolvimento do novo padrão de governo de gabinete”²⁵⁹.

Como a lealdade partidária, naquele período, não era capaz, sozinha, de garantir o apoio parlamentar necessário às políticas governamentais que se pretendia implementar, o sistema de influência era uma saída²⁶⁰. Walpole se utilizou, largamente, desse artifício e foi, precisamente, contra isso que Bolingbroke se levantou.

No plano teórico, a divergência estava em determinar o que se queria dizer quando se falava em independência. Neste específico aspecto, o ponto de partida de Bolingbroke era a ideia de que “se os poderes legislativo e executivo estivessem totalmente concentrados no rei, como em alguns países, ele seria absoluto; se estivessem nos lordes, nosso governo seria aristocrata; se no bem comum, uma democracia”. E, na visão dele, “é essa divisão de poderes,

²⁵⁸ É o que elucida M. J. C. Vile, dizendo, ainda, na sequência, que: “[i]n the new doctrine each branch, it is true, was to share in the supreme legislative power, but each was also to have a basis of its own distinctive functions that would give it independence, and at the same time would give it the power to modify positively the attitudes of the other branches of government” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 79).

²⁵⁹ Tradução livre. Do original: “[t]he great political issue of this period was, of course, the use of ‘influence’ in politics, the bribery of electors and the corruption of members of the House of Commons in order to gain a majority favourable to the Ministry. This system of influence can be seen as the first of the links between the executive and legislative branches that formed the basis of the newly developing pattern of cabinet government” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 79).

²⁶⁰ Nas palavras de Vile: “[i]n an age when party allegiance alone was not a reliable means of ensuring the support of members of parliament for government policies, the system of influence provided a useful alternative”. Ainda, segundo ele: “[a]t the same time corruption can be seen as a means of subverting the balance of the constitution, of uniting powers that should be divided, and reducing to subordination in practice a branch of the government which in theory was co-ordinate in power. The eighteenth century was, therefore, both the age of the emergence of cabinet government, and the age of place-bills, proposed in an attempt to maintain the division between parliament and the executive. The success of the British Constitution can perhaps be attributed to the fact that in the end those who wanted to control the Commons and those who wished the Commons to be free of office-holders were *both* partially successful” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 79).

esses distintos privilégios atribuídos ao rei, aos lordes e aos comuns, o que constitui uma monarquia limitada”²⁶¹. Daí parte a sua articulação a respeito da independência.

Na sequência disto, ele, então, argumenta que, se em algum momento, qualquer das três partes que compõem o governo tentar incorporar mais poder do que a lei lhe concede, ou fizer mau uso daquele que tem, as outras podem unir forças para readequá-lo ou corrigir os abusos que tiverem sido praticados; e, ainda, se duas partes se unirem para usurpar ou abusar do poder, pelo peso da terceira haverá, ao menos, chance de evitar o dano ou retardar a sua ocorrência²⁶².

Para além disto, considerando que essa divisão de poderes e esses distintos privilégios constituem o governo inglês, diz ele que a sua confusão tende a destruí-lo; e que é verdadeira a afirmação de que a segurança do todo depende do equilíbrio das partes. Ressalva, porém, que a questão é saber se esse equilíbrio decorre de sua mútua independência²⁶³.

Antes de apresentar a sua resposta, ele rechaça, veementemente – dizendo se tratar de uma falácia grosseira –, a tese de que o recíproco controle que cada uma das partes do governo exerceria sobre as outras, faria delas, em verdade, dependentes entre si. Afirma, então, que esse poder de controle, o qual resulta da divisão do poder do governo entre as partes que o compõem, é necessário para sua própria preservação; e que, portanto, se for para falar nestes termos, trata-se de uma espécie de dependência constitucional, que se não opõe, nada obstante, àquela independência que cada uma tem. Ao contrário, trata-se de uma mútua dependência que não só não subsiste sem aquela independência, como, no exato momento em que a perde, transforma-se em algo como uma dependência particular e permanente de uma parte com relação à outra

²⁶¹ Tradução livre. Do original: “[i]f the legislative as well as the executive power, was wholly in the king, as in some countries, he would be absolute; if in the lords, our government would be an aristocracy; if in the ommons, a democracy. It is this division of power, these distinct privileges attributed to the king, to the lords, and to the commons, which constitute a limited monarchy” (BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 332).

²⁶² Nas palavras do próprio Bolingbroke: “[i]f any one part of the three which compose our government, should at any time usurp more power than the law gives, or make an ill use of a legal power, the other two parts may, by uniting their strength, reduce this power into its proper bounds, or correct the abuse of it; nay, if at any time two of these parts should concur in usurping, or abusing power, the weight of the third may, at least, retard the mischief, and give time and chance for preventing it” (BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 332).

²⁶³ “Since this division of power, and these distinct privileges constitute and maintain our government, it follows that the confusion of them tends to destroy it. This proposition is therefore true; that, in a constitution like ours, the safety of the whole depends on the balance of the parts. Let us see whether it be true, that the balance of the parts consists in their mutual independency” (BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 333).

ou às outras; ou – o que seria ainda mais irracional – uma dependência de duas partes com relação à outra²⁶⁴.

E essa dependência constitucional, tal como denominada por Bolingbroke, importa em que “os procedimentos de cada parte do governo, quando entram em ação e afetam o todo, estão sujeitos a serem examinados e controlados pelas outras partes”²⁶⁵, ao passo que a independência reclamada, para tanto, consiste em que “as deliberações de cada uma das partes, que orientam esses procedimentos, sejam tomadas de forma independente e sem qualquer influência, direta ou indireta, das demais”²⁶⁶. Na prática, “sem a primeira, cada parte teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas sem a última, não pode haver equilíbrio algum”²⁶⁷.

Ao fim e ao cabo, enquanto para Bolingbroke o controle recíproco entre os órgãos era a própria condição de possibilidade da independência, os correligionários de Walpole defendiam um tipo de independência desprendida de amarras. A questão, em termos políticos, é que, assim, ficava mais fácil manejar a Câmara dos Comuns.

Seja como for, objetivamente, o cerne da discussão – que se espraiou e repercutiu nos contextos norte-americano e francês – era esse e, substancialmente, coloca-se em um questionamento: havendo diferentes poderes exercendo funções interligadas, mas distintas, ou compartilhando o exercício de uma função particular, a independência entre eles deve ser a maior possível, ou, mesmo sendo real, a independência de um deve limitar a do outro, de modo que não atrapalhem o funcionamento do governo?²⁶⁸.

²⁶⁴ “To speak again without any metaphor, the power, which the several parts of our government have of controlling and check- ing one another, may be called a dependency on one another, and may be argued for by those who want to throw darkness round them, as the dependency opposed to the independency, mentioned in the proposition. But the fallacy is gross. We have shown that this power of control in each, which results from the division of power amongst all the parts of our govern- ment, is necessary to the preservation of it: and thus a sort of constitutional dependency, if I may have leave to express myself in that manner, is created among them; but this mutual dependency cannot be opposed to the independency pleaded for (BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 333).

²⁶⁵ BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 333.

²⁶⁶ BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 333.

²⁶⁷ Tradução livre. Do original: “[t]he constitutional dependency, as I have called it for distinction’s sake, consists in this; that the proceedings of each part of the government, when they come forth into action and affect the whole, are liable to be examined and controlled by the other parts. The independency pleaded for consists in this; that the resolutions of each part, which direct these proceedings, be taken independently and without any influence, direct or indirect, on the others. Without the first, each part would be at liberty to attempt destroying the balance, by usurping or abusing power; but without the last, there can be no balance at all” (BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967, v. 1, p. 333).

²⁶⁸ M. J. C. Vile sustenta que essa foi a questão que desencadeou o estabelecimento de diferentes pontos de vista sobre a doutrina da separação dos poderes e que marcou as atitudes francesas e norte-americanas no final do século. Na formulação dele, eis a pergunta: “[g]iven separate branches of the government exercising distinct but

Na França, o grau de interdependência vinculado ao sentido de independência parece ter sido menor do que nos Estados Unidos, especialmente no que diz com o poder de julgar. A instituição da jurisdição e do contencioso administrativos são prova disto. Nos Estados Unidos, onde os textos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay tiveram impacto significativo sobre o ambiente revolucionário, as teorias dos *checks and balances* e da separação de poderes se conectaram de maneira mais evidente. Por conseguinte, outra envergadura foi reconhecida ao Poder Judiciário.

Na França, a jurisdição adquiriu formato dual. Nos Estados Unidos, na linha do que aconteceu também na Inglaterra, um modelo de jurisdição una foi adotado. Em todos os casos, nada obstante, Vile aponta que foi maior o influxo da ideia de separação de poderes, do que da teoria do governo misto, embora se veja muito desta última na base da primeira²⁶⁹.

O objetivo característico de ambas as teorias, afinal, era o mesmo: limitar o poder pelo estabelecimento de mecanismos de controle dentro do governo. O ponto é que as respostas para aquela que é questão nodal – ou seja, qual a medida e a forma da independência que cada uma das partes incumbidas do seu exercício deve ostentar – foram e seguem variando. Sempre, a depender da conjuntura política do momento.

Sobre aquela na qual se encontrava a França, Diogo Freitas do Amaral conta que, “antes da Revolução Francesa, os tribunais comuns tinham-se insurgido várias vezes contra a autoridade real”²⁷⁰; e, como continuaram, depois, nas mãos da antiga nobreza, “foram focos de

interlocking functions, or sharing in the exercise of a particular function, should the independence-of-each-other of these three branches be as great as possible, or should care be taken to ensure that the Independence of each, although real, should be limited by powers in the others to prevent that independence from being allowed to wreck the operation of government altogether?” (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 78).

²⁶⁹ Conforme afirma o autor: “[t]he more revolutionary theory had been assimilated by, and subordinated to, the older theory of mixed government, and the English attitude towards the Constitution was long to remain in this mould. But of the two doctrines, the doctrine of the separation of powers represented the thought of the future, the theory of mixed government the thought of the past. The ascendancy of the doctrine of the separation of powers in America and on the continent of Europe was to come as the result of the work of Montesquieu, and on the wave of new revolutions which again swept away the assumptions underlying the theory of mixed government, just as they had been swept away in England, for a time at least, when Charles I laid his head upon the block” Sintetizando a diferença entre as duas teorias, Vile sustenta: “[t]he two doctrines are not merely logically distinct, but to a considerable extent they conflict with each other. The theory of mixed government was based upon the belief that the major interests in society must be allowed to take part jointly in the functions of government, so preventing anyone interest from being able to impose its will upon the others, whereas the theory of the separation of powers, in its pure form, divides the functions of government among the parts of the government and restricts each of them to the exercise of its appropriate function. Furthermore the class basis of the theory of mixed government is overtly lacking from the doctrine of the separation of powers. But it would be quite untrue to say that the latter does not have any class bias. The theory of mixed government had as its central theme a blending of monarchy, aristocracy, and democracy, and, as we shall see, there is a tendency to equate these, in some stages of the development of the doctrine of the separation of powers, respectively with the executive, judicial, and legislative "powers" (VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 82 e 37-38).

²⁷⁰ AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, v. 1, p. 101.

resistência à implantação do novo regime, das novas ideias, da nova ordem econômica e social”²⁷¹. Aquela interpretação do princípio da separação dos poderes chamada peculiar por Romeu Felipe Bacellar Filho e, também, por ele – que originou a jurisdição administrativa – teria sido, na sua visão, o meio que o poder político encontrou, naquela ocasião, para frear a intromissão do poder judicial nos assuntos da administração²⁷².

Da própria leitura dos artigos dos *Federalistas*, especificamente, daquele de número LXXVIII, cuja autoria se atribui a Alexander Hamilton, extrai-se que a percepção que se tinha do poder judiciário no contexto norte-americano era completamente outra. Para muni-lo de maior capacidade de defesa em face dos demais e lhe garantir o protagonismo no papel de protetor da Constituição, dizia-se que, “pela natureza de suas funções”, era o “menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los e violá-los”²⁷³.

Entendia-se que o poder judiciário seria incapaz de atacar qualquer dos outros, com sucesso; e que “embora a opressão possa esporadicamente dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo jamais poderá ser ameaçada a partir dessa frente”²⁷⁴, isso não aconteceria se ele permanecesse “verdadeiramente distinto tanto do legislativo como do executivo”²⁷⁵. Isto, porque “a liberdade nada tem a temer do judiciário isoladamente, mas tem tudo a temer de sua união com qualquer dos outros poderes”²⁷⁶; e “todos os efeitos de tal união decorreriam forçosamente de uma dependência do judiciário para com um dos últimos, a despeito de uma separação nominal e aparente”. Daí a conclusão de que “[a] completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada”²⁷⁷.

²⁷¹ AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, v. 1, p. 101.

²⁷² AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, v. 1, p. 101.

²⁷³ Eis a premissa de tal afirmação: “O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão controlados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479).

²⁷⁴ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479.

²⁷⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479.

²⁷⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479.

²⁷⁷ Por constituição limitada, Hamilton entendia “uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes”; e dizia que, “[n]a prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da

Lá, a pretensão era conter abusos do legislativo e do executivo contra os direitos dos cidadãos e a severidade na execução das leis. Neste sentido, Hamilton, enaltecendo os benefícios da integridade e moderação do judiciário, dizia que “[h]omens ponderados de todas as categoriais devem valorizar tudo que tenda a gerar ou fortalecer essa têmpera nos tribunais, pois nenhum homem pode ter certeza de que amanhã não será a vítima de um espírito de injustiça que hoje o beneficia”²⁷⁸.

Por mais ou menos afinidade que se tenha com as intenções manifestadas, trata-se de duas aplicações diferentes conferidas à ideia de separação de poderes – para ficar nesses dois exemplos –, firmadas sob a influência de distintos fatores, as quais, por sua vez, geraram outras repercussões²⁷⁹.

Agora, o mais interessante é que séculos se passaram e o Estado de Direito se estabeleceu – ainda que com diferentes fisionomias²⁸⁰ –, o tema teve outros desenvolvimentos; e a tal questão nodal não foi dirimida. A experiência, ao revés, só fez potencializar a sua importância e a necessidade de que seja mais aprofundada.

Dentre outras coisas, porque a divisão funcional do poder se mostrou capaz de operar sistematicamente contra os interesses das cidadãos – bem ao contrário do que deveria –, notadamente em matéria sancionatória. E o sentido que se atribuiu termo independência foi – e segue sendo – determinante para isso.

1.2.2 A Provável conexão espanhola

O constitucionalismo brasileiro foi construído sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdou seus vícios e, além disto, andou “em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões

Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479-480).

²⁷⁸ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479-480.

²⁷⁹ Isto sugere, no mínimo, que não é por acaso que a simples frase “separação de poderes” evoca diferentes – e, por vezes, incompatíveis – ideias (como de “distribuição”, “diferenciação”, “isolamento”, “confrontação”, por exemplo), conforme observa Geoffrey Marshall. Segundo o autor, [n]ot all of these are synonymous and the implications of some are mutually inconsistent. At least the following may be distinguished: 1. The differentiation of the concepts ‘legislative’, ‘executive’, and ‘judicial’. 2. The legal incompatibility of office-holding as between members of one branch of government and those of another, with or without physical separation of persons. 3. The isolation, immunity, or independence of one branch of government from the actions or interference of another. 4. The checking or balancing of one branch of government by the action of another. 5. The co-ordinate status and lack of accountability of one branch to another. References to the separation of powers may be references to any one or to any combination of these ideas” (MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971, p. 100).

²⁸⁰ Sobre este assunto específico: COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma Introdução Histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e, todavia, foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial”, conforme conta Paulo Bonavides²⁸¹.

Nada obstante, o processo de introdução de instituições representativas e constitucionais acompanhou, no Brasil, o movimento havido em Portugal – dando-se, verdadeiramente, em paralelo –, além de ter imitado fontes comuns. No aspecto doutrinário, a base veio do constitucionalismo francês, com as garantias fundamentais previstas no art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791; e, no aspecto positivo, a inspiração foi a Constituição espanhola de Cadiz. Por sinal, o mesmo texto chegou a ser outorgado por D. João VI no Rio de Janeiro e vigorou no Brasil por um dia²⁸².

Tal como conta Luis Sanchez Agesta²⁸³, com a Constituição de Cadiz, a Espanha tentou reproduzir o modelo inglês, já com as modulações feitas pela França e, ainda, com outras adaptações próprias, de modo que ela incorporou a divisão de poderes inglesa com o filtro dos textos escritos na época da Revolução Francesa e das reinterpretações que lhes deram a Constituição francesa de 1791 e a própria Carta espanhola de 1812. E, sob o influxo dessa miscelânea de influências, à qual, depois, foram agregados, também, elementos de inspiração norte-americana, todas as Constituições brasileiras²⁸⁴, desde a primeira – que data de 1824 e foi produto da mesma outorga imperial que erigiu a Carta constitucional portuguesa de 1826²⁸⁵ –,

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52.

²⁸³ Nas palavras do autor: “[e]n España se pretendió imitar el modelo inglés a través de su interpretación francesa, con algunas gotas, puestas por un gran historiador, Martínez Marina, de tradiciones españolas y otras exigencias que derivaban de la singular situación de España en la guerra de la Independencia”. Ele ainda conta que, “[a] su vez, en América (Estados Unidos del Norte y Méjico) hicieron otras interpretaciones de distinto valor” (SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y Division de Poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [S.l.], v. 1., n. 3, p. 9-42, Set./dic. 1981, p. 9-42).

²⁸⁴ Com exceção da Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937.

²⁸⁵ Segundo Paulo Bonavides, tratou-se de “um texto, em matéria de limitação de poderes, relativamente bem-sucedido, tanto lá quanto aqui, não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes” (BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Fernando Camargo Outeiro; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Salvador: JusPodvm, 2021, p. 31-52). Marcelo Neves, a este respeito, conta que, antes da decretação autocrática da Carta Constitucional de 1824, uma Assembleia Constituinte havia sido convocada e estava trabalhando um projeto de constituição, mas que isso não indicava a “introdução de um processo de constitucionalização no sentido do liberalismo europeu”, além do que “o posicionamento liberal perante ‘a divisão de poderes’ e a declaração dos direitos individuais apontavam para a imitação, sem compromisso, de modelos estrangeiros, especialmente o de origem francesa”. Essa

sempre contiveram disposições relativas à divisão dos poderes. Porém, sem grandes variações de conteúdo²⁸⁶, a despeito das diversas mudanças de conjuntura.

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

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

Retomando eventos passados, em um detido estudo acerca da relação entre os ilícitos penal e administrativo e do contexto das teorias que os distinguem, Ramón García Albero conta que, no constitucionalismo espanhol, o duplo encargo dado às autoridades incumbidas de administrar as províncias (chamadas de *Alcaldes*) – um governativo e o outro de julgar –, está

Assembleia foi dissolvida por pressão do grupo da corte real, mas a Carta “imperial”, nada obstante, seguiu o projeto que estava sendo desenvolvido, em grande medida, vendo-se nele, segundo o autor, a influência de diferentes textos constitucionais, notadamente das Constituições francesas 1791, 1793 e 1799, da Constituição espanhola de 1812, da Constituição norueguesa de 1814; e, sobretudo, da Constituição francesa da Restauração, de 1814. Já com o documento constitucional de 1891, Marcelo Neves aponta que, “[d]a preponderante influência francesa sobre a Carta ‘imperial’ passou-se para uma preponderante influência norte-americana sobre o documento republicano” (NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 171-179). Em vista desses mesmos eventos e, ainda, com acréscimo de outros, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento dizem que o constitucionalismo brasileiro não nasceu bem. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 98-110).

²⁸⁶ Eis os correspondentes dispositivos: “art. 9 - A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece” (Constituição Política do Império do Brazil de 1824); “art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes: d) a independência e harmonia dos Poderes”; e “art. 79 - O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro” (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891); “art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”; e, “§ 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”, do mesmo artigo (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934); “art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”; e “§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição”, do mesmo dispositivo (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946); “art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; e, “Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”, do mesmo dispositivo (Constituição da República Federativa do Brasil de 1967); e “art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

na origem da aparição da potestade sancionadora administrativa. Esse duplo papel, ambíguo do ponto de vista da Constituição de Cádiz, a qual reconhecia o princípio da separação de poderes, com atribuição monopolística da função contenciosa e repressiva à esfera judicial – baseada nos princípios da exclusividade e da unidade –, teria ensejado a sua primeira fissura. Diz o autor que se tratava, no entanto, de uma reminiscência do Antigo Regime que, surpreendentemente, teria conseguido transgredir o princípio da separação de poderes²⁸⁷.

Segundo J. Ramón Parada Vázquez, um certo autoritarismo (que ele chamar por “autoritarismo administrativo”) sempre marcou o exercício da potestade sancionadora entregue à Administração em todos os sistemas políticos espanhóis, desde o início do constitucionalismo, dentre outras coisas, porque “esta potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal común, en el sentido de que una y otra pueden actuar sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de una sobre la otra”²⁸⁸. E ele sustenta que, por critérios quantitativos e qualitativos, é possível ver essa realidade dividida em três períodos: o primeiro, que vai da Constituição de Cádiz até a Ditadura do General Primo de Rivera (1923), corresponderia àquele da “aparición y afirmación de un poder sancionador moderado y limitado a las autoridades gubernativas de índole provincial o local (alcaldes y gobernadores)”²⁸⁹; o segundo, indo de 1923 a 1939, compreenderia a legislação da Ditadura e da II República e se caracterizaria pela “politización del poder sancionador y la apertura de su ejercicio a las autoridades gubernamentales, ministro de la Gobernación y Consejo de Ministros”²⁹⁰; e, no terceiro, iniciado em 1939, vê-se “la expansión del poder sancionador al

²⁸⁷ Nas palavras do autor, “[b]ien pronto tal atribución monopolística va a sufrir su primera fissura, y ello debido fundamentalmente al ambiguo papel del Alcalde que es simultáneamente autoridad administrativa (tanto propia de la entidad municipal autónoma, como delegado del gobierno, y por ello sometido a dependencia jerárquica del Gobernador Civil) y el último escalón del orden judicial (art. 275 de la Constitución), a los que se encomienda el juicio de conciliación, la decisión de juicios civiles de ínfima cuantía, y, en lo penal, el conocimiento de los negocios criminales sobre injurias y faltas levianas y la instrucción de sumarios en el de la demarcación municipal, así como la detención de delincuentes con inmediata remisión al juez de partido. (...). Todo ello sucederá en virtud del Decreto Constitucional de 23 de junio de 1813, aprobatorio de la Instrucción para el Gobierno Económico-Político de las provincias, en cuyo artículo 1, Capítulo 3 se les outorga facultad de sancionar a los que ‘les desobedezcan o falten al respecto y a los que turben el orden o el sosiego público’” (GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400).

²⁸⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Instituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 67.

²⁸⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Instituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68.

²⁹⁰ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Instituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68.

ámbito de todos los sectores de intervención administrativa especial, sin la pérdida de sus anteriores caracteres”²⁹¹.

Na visão desse autor, em poucas matérias – dada a contradição percebida entre a norma constitucional²⁹² e a lei ordinária, incluídos os simples regulamentos – se tem prova tão clara do nominalismo das constituições espanholas e de sua inoperância como guia e critério balizador da redação dos dispositivos que, concretamente, devem conformar o comportamento político e social, como nesta. Para ele, haveria um “signo diferencial más grave del Derecho español en relación con el Dereche europeo”²⁹³, estando o desenvolvimento histórico da legislação administrativa espanhola, com a assunção de poder penal pela Administração Pública e o crescimento do poder sancionatório em matéria de ordem pública, identificado, em boa medida, com “reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas, sin que en este punto ninguno de los sistemas políticos que han precedido al actual pueda considerarse inocente en el arte de la creación y empleo de potestades administrativas para descalificar al adversário político”²⁹⁴.

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

²⁹¹ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Insituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972.

²⁹² Neste sentido, o autor explica que “[l]a Constitución de 1812 fue categórica en el punto de separación de las funciones judiciales, entre las que incluye todas las represivas, y las funciones administrativas. Por de pronto, el articulo 172 impide al mismísimo rey privar a ‘ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna’. Este precepto, dirigido a la cabeza del Estado y del poder ejecutivo, desautorizaba toda posibilidad sancionatoria de las autoridades inferiores, y es que la Constitución de Cádiz, en la protección de las libertades personales, huyendo de las declaraciones dogmáticas de les derechos, usó de una técnica mucho más eficaz y práctica de declarar la incompetencia del ejecutivo, dando al poder judicial toda la función contenciosa y toda la función represiva a través de una minuciosa reglameutación, cuyos preceptos, fundamentalmente relativos a la atribución monopolística de juzgar y ejecutar lo juzgado en les juicios civiles y criminales (arts. 242 a 248), siguen vigentes” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Insituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 68-69).

²⁹³ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Insituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 83.

²⁹⁴ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administracion Publica. Insituto de Estudios Politicos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 83.

lastreadas em interpretações predispostas mais a preservá-la, do que a promover a satisfação dos ditames constitucionais e legais²⁹⁵.

Na análise de uma situação que exigia definir se a matéria penal era – ou não – de monopólio do poder judiciário, envolvendo questão de competência de um governador e de um juiz de primeira instância, para dizer “si los alcaldes podían imponer sanciones con independencia y al margen de sus poderes judiciales para el enjuiciamiento de las faltas”²⁹⁶, em 1849, o Conselho Real espanhol acabou por atestar o poder sancionador da Administração. E, em face dos fundamentos declinados, Parada Vázquez disse que essa decisão foi justificada “más allá del amparo formal que suministran las leyes ordinarias y la propia Constitución, en la esencia misma de la Administración, concebida como un poder cuya autoridad parece inimaginable sin la facultad de castigar a los súbditos, haciendo tabla rasa de uno de los principios capitales del Estado liberal”²⁹⁷.

García Albero²⁹⁸ também faz referência a essa decisão – citando a posição de Parada Vázquez –, a qual, para ele, teria sido capital para consolidação da potestade punitiva da

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

²⁹⁶ Eis as passagens da decisão – consubstanciada no “Real Decreto-sentencia de 31 de octubre de 1849” – citadas pelo autor, antes de manifestar a sua posição: “*Considerando que al conferir el Código penal a los alcaldes la atribución de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que en él se mencionan, ha estado lejos de privarles de los demás caracteres, facultades y atribuciones que a dichos funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos. Que correspondiendo por las leyes a los alcaldes y otras autoridades administrativas superiores e inferiores la facultad de imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la Administración por Leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se entendiese en el sentido de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas y todas las faltas juzgadas por los alcaldes con la dependencia y bajo la subordinación de los jueces de primera instancia. Que esta interpretación acarrearía los graves inconvenientes: 1.º De que se entendiese variada la forma actual de la Administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes. 2.º De que esto sucediese com motivo de una ley provisional en la cual ni en el Código para cuya observancia fue dictada no se trató ni discutió de propósito un punto de tanta trascendencia, a fin de evitar conflictos entre la Administración y el poder judicial. 3.º De que, con esta doctrina, ceñirse deberían y concentrarse en el juicio de los alcaldes y tenientes la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los atos todos de autoridad que requiriesen la imposición de multas u otras reprobaciones semejantes señaladas en las leyes. 4.º De que, según esto, estarían los agentes y empleados de la Administración, como tales, sometidos a los funcionarios del orden judicial y además sujetos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia e irresponsabilidad de la Administración consignadas en la Constitución y em las leyes’” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 72-73.).*

²⁹⁷ PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos*, Madri, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 73.

²⁹⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

Administração. Conta, ademais, que, a despeito de refletir uma das maiores desarmonias e incongruências do ordenamento espanhol, em meados do século XIX, a coexistência de faltas ou infrações penais e administrativas terminou por se estabelecer; que, durante o resto desse século, boa parte das atividades legislativa e jurisprudencial do Conselho de Estado giraram em torno disto, por conta de conflitos entre as duas jurisdições gerados pela falta de distribuição racional das matérias que lhe eram afetas; e que “la raíz histórica de afirmación del ‘bis in idem’, de la compatibilidad de sanciones penales y administrativas, se encontra en ese proceso ambiguo de solución de conflictos de competencias entre Tribunales y Administración para conocer sobre las mismas infracciones”²⁹⁹, sendo que a ele se chega – justo – por não se ter conseguido resolver essas competências sobrepostas; e – justo – porque “[la] única forma de salvar las competencias de ambos, va a resultar a la larga el reconocimiento de la total independencia sancionadora de la Administración respecto de los Tribunales y a afirmar al regla de la compatibilidad”³⁰⁰.

Essa regra da compatibilidade, basicamente, equivale àquilo que, no Brasil, chama-se por independência entre as instâncias; e ela foi a forma que os espanhóis encontraram de justificar “la posibilidad de someter al culpable a dos legislaciones e imponerle dos penas”³⁰¹.

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

E, neste ponto, chama atenção uma outra observação que ele faz quando aprofunda a sua reflexão, analisando as legislações da Ditadura e da II República espanholas. Conforme adverte, o poder penal administrativo chegou à apoteose durante a Ditadura de Primo de Rivera, na Espanha. Mas diz que se engana quem acha que o fim da Ditadura e o advento da Segunda República fizeram mudar a fisionomia da legislação administrativa. Nas palavras dele, “[I]a II

(Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400.

²⁹⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 313.

³⁰⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 312.

³⁰¹ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400, p. 314.

República fue inconsecuente con sus principios democráticos y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fue la Dictadura”³⁰².

Ainda, outros acontecimentos decorreram ou se conectaram com o tema. Ao longo de mais de cem anos, toda uma discussão se desenvolveu em torno da questão da existir – ou não – diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos. No caso Espanha, como mais adiante se verá, a doutrina e a jurisprudência empreenderam esforços para assentar o entendimento de que eles seriam idênticos, a fim de que lhes fosse conferido o mesmo tratamento, em termos de garantias. Isto não impediu, porém, que durante o franquismo, o Tribunal Supremo se dedicasse a, cuidadosamente, separar as penas das infrações administrativas, com o propósito político de, com relação a estes, afastar as garantias da Lei de Regime Jurídico da Administração e do Estado, que lhes seriam extensíveis – se equiparadas às penas –, para deixar a Administração livre, neste âmbito, como conta Alejandro Nieto García³⁰³.

No quadro do desenvolvimento constitucional dos países periféricos, Marcelo Neves³⁰⁴ – tal como Parada Vázquez quando trata do espanhol – emprega, também, o termo nominalismo, para se referir a situações que minam ou violam a Constituição; e que se afiguram como expressões de uma incapacidade de concretização do texto constitucional. No caso brasileiro, em vista de especiais características de cada uma das cartas constitucionais postas em vigor – desde a Constituição do Império, até aquela promulgada em 1988 –, ele percebe um ciclo vicioso de alternância entre nominalismo e instrumentalismo constitucional. As de feição nominalista seriam aquelas que, apesar de declararem direitos, liberdades e princípios e preverem formas de limitação e controle do poder, mostrar-se-iam alheias à realidade e ineficazes, do ponto de vista jurídico-normativo; e, instrumentalistas, aquelas cujos dispositivos serviriam, antes de mais, como instrumento para a manutenção de regimes autoritários, sendo

³⁰² PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal. *Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972, p. 78.

³⁰³ Como exemplo, ele menciona uma decisão firmada pelo Tribunal Supremo espanhol no ano de 1966 (a STS de 25 de junho de 1966). Conta, também, que essa doutrina foi conservada ainda nos primeiros anos da transição, citando outras duas decisões datadas de 1985 e 1986 (a STS de 13 de março de 1985 e a STS de 28 de janeiro de 1986), mas que “imediatamente después la jurisprudencia cambia de signo y también por razones metajurídica evidentes: lo que ahora se pretende con la identificación de delitos e infracciones administrativas es dotar a éstas de las garantías propias del Derecho Penal” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 126-127). Nessa que foi a quinta edição publicada de sua obra, com alterações, Alejandro Nieto García já trata da controvérsia sobre a identidade ontológica dos delitos e infrações administrativas em termos mais concisos, classificando-a como obsoleta. Nas edições anteriores, as quais serão trabalhadas mais adiante, o tema é explorado mais detidamente, cumprindo adiantar que a posição do autor vai no sentido de que essa tese não se sustenta, tecnicamente; e não resolve, definitivamente, as questões que se propõe a solucionar.

³⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 127-132.

perceptível a “emissão casuística de texto constitucional” e a Constituição sendo subordinada às relações de poder. É notável o fato de que essa chave metodológica lhe serve para adjetivar até mesmo a Constituição da República de 1988³⁰⁵.

Segundo o autor, com a elaboração da Constituição de 1988, implementou-se a passagem de um instrumentalismo para um novo nominalismo constitucional. E ele sustenta isso em vista, dentre outras coisas, da constatação de que “[a] proclamação do Estado democrático e social de direito com base no texto constitucional desempenha um papel simbólico-ideológico”³⁰⁶; e do fato de a Constituição de 1988 surgiu no contexto de uma crise econômica, que seguiu se agravando e dificultando a observância e a concretização dos preceitos constitucionais. Dentro desse cenário, que denomina “desjuridificante”, ele aponta que “os detentores do poder tendem a sacrificar o direito constitucional em favor das exigências do sistema econômico”³⁰⁷; e, ainda, que “o bloqueio ou deformação da concretização constitucional e, conjuntamente, a desconsideração do código autônomo (positivo) do direito tornam-se, sob determinados aspectos, mais problemáticos do que nos contextos sociais menos complexos dos textos constitucionais brasileiros anteriores”³⁰⁸.

Pelas considerações que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento³⁰⁹ fazem acerca da trajetória constitucional brasileira, confirma-se a conclusão de que ela oscilou entre períodos de abismos e incoerências entre as proclamações constitucionais e a realidade social – dentre outras coisas, pela baixa aderência que o ideário constitucionalista importado da Europa e dos Estados Unidos obteve, fora do textos –; e períodos de forte inclinação autoritária, muito embora apontem que, sob a égide da Constituição de 1946, também foram vistos momentos de democracia de estabilidade institucional.

Nada obstante, sobre a Constituição de 1988, os mesmos autores contam que as suas maiores influências externas foram as constituições portuguesa e espanhola, datadas, respectivamente, de 1976 e 1978; e que ambas foram gestadas no âmbito dos processos de redemocratização iniciados com a superação do autoritarismo que marcou as ditaduras

³⁰⁵ Para ele, as Constituições de 1824, 1891, 1934 e de 1946 – além da de 1988 – apresentariam traços nominalistas; e as de 1937 e 1967/1969, traços, precipuamente, instrumentalistas (NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 169-209).

³⁰⁶ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 208

³⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 208

³⁰⁸ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 209.

³⁰⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 97-170.

salazarista e franquista. Segundo eles, a Constituição brasileira de 1988, na mesma linha, representa, do ponto de vista histórico, “o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia”³¹⁰, sendo que, a despeito das forças que sustentaram o regime militar terem estado presentes na arena constituinte, houve a promulgação de um texto cujas marcas distintivas são “o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana”³¹¹.

A ruptura daquele círculo vicioso que faria o constitucionalismo brasileiro passar de fases nominalistas a instrumentalistas, sucessivamente, conforme a lição de Marcelo Neves, depende, como ele mesmo aponta³¹², de variáveis complexas, no que se refere aos pressupostos, caminhos e consequências, as quais apenas poderão ser percebidas ao longo do processo histórico. E o que se tem, nesta perspectiva, é que revisitar figuras jurídicas preteritamente criadas para servir de instrumento para manutenção de realidades constitucionais nominalistas; e que seguiram ganhando estatura por meio de argumentos retóricos, até se apresentarem como fato consumado³¹³ – como parece ser o caso da chamada independência entre as instâncias –, pode ser um passo nessa direção.

Por sinal, frente às consequências geradas pelo “curioso” princípio da “suposta” compatibilidade e independência entre sanções administrativas e penas judiciais – “declarado em quase todas as normas que configuram poderes sancionadores administrativos”, segundo observam, com referência ao ordenamento espanhol –, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández sustentam, que “nem compatibilidade de sanções, nem independência na

³¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 170.

³¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 170.

³¹² NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 212.

³¹³ Por sinal, foi esta, precisamente, a expressão que Parada Vázquez empregou para explicar o que sucedeu na Espanha depois daquele julgamento do Conselho Real, antes referido, que avalizou a potestade punitiva administrativa, verbis: “Cuando la doctrina administrativa se enfrenta con esta cuestión, parte ya de este hecho consumado y verá el poder penal de la Administración pública como una facultad natural, constitucionalmente válida e legislativa y jurisdiccionalmente aceptada. Así COLMEIRO, además de invocar la citada doctrina del Consejo de Estado que hace suya (*Derecho administrativo español*, 1850, tomo II, p. 303), afirma por sua cuenta y riesgo que ‘la independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestade coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniárias o corporales, dentro de los límites de una simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega en la Administración esta parte de funciones propias del poder judicial” (PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón. *El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal*. *Revista de Administracion Publica. Instituto de Estudios Politicos*, Madrid, n. 67, p. 41-94, ene./abr.1972).

prova e na qualificação dos mesmos fatos”³¹⁴ são admissíveis depois da promulgação da Constituição espanhola de 1978. Dizem eles: “[s]e recordarmos, como nos impõe a Constituição, que estamos aqui ante algo que afeta imediatamente os cidadãos e sua esfera de liberdade (liberdade de conduta, primeiro; liberdade no que diz respeito à disponibilidade dos bens de que as sanções ou penas o privam, em segundo termo), tudo se simplifica e esclarece”³¹⁵.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández entendem que, dentro desse contexto, a atividade sancionadora da Administração deveria ser reduzida a uma atividade auxiliar da repressão penal, não podendo, nunca, sobrepor-se ou ser alternativa a ela. Nada obstante, destacam não ser preciso colocar essa tese em primeiro plano para chegar a tal conclusão. O mais importante é assimilar – seguindo a linha de raciocínio que eles traçam – que, depois da Constituição espanhola de 1978, “[n]ão há mais ‘independência’ possível do poder punitivo da Administração, nem poderia justificar-se de maneira alguma que um mesmo, idêntico fato legitime uma corrente sucessiva de sanções para seu único autor por parte de órgãos diferentes”³¹⁶.

As disposições da Constituição da República brasileira de 1988 parecem induzir à mesma conclusão. Logo, se é que ainda cabe falar em independência de instâncias, deve ser em um outro sentido.

1.3 O *IUS PUNIENDI* NO DESENVOLVER DO ESTADO MODERNO

A assunção do monopólio da força e do poder coercivo é um dos traços característicos do Estado moderno. A razão para isto é ínsita ao próprio pacto social, na linha do que propunha Locke. A renúncia e a delegação do poder de punir, por cada indivíduo, apresenta-se como condição de possibilidade para a própria constituição da sociedade política, dentro dessa dinâmica; e é nesse contexto que o *ius puniendi* emerge e é incorporado pelo Estado.

³¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.

³¹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.

³¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 901-902.

Daí em diante, a depender de qual seja a época de que se trate, ver-se-á o poder político invocando essa prerrogativa para outorgar especial proteção a diferentes valores, em vista, sempre, de premissas historicamente demarcadas³¹⁷.

O sentido que os princípios da igualdade e da liberdade assumiu nos diferentes momentos da modernidade é elucidativo, neste ponto.

No ambiente das Constituições democráticas, aquelas do século XX, a associação entre igualdade e constituição é usual. Uma coisa depende da outra: a constituição precisa da igualdade para existir como constituição democrática; e a igualdade precisa da constituição para se realizar. Esse nexos, historicamente marcado, é fruto de uma época específica – precisamente, o das Constituições democráticas do século XX. Mas nem sempre foi assim. Na fase da história que antecedeu as revoluções, aquela na qual a tradição era a da constituição mista, a igualdade era uma ameaça à constituição³¹⁸.

É na nova fase que tem início com as revoluções que essa lógica muda; e é quando, então, o princípio da igualdade se alia ao da soberania, para dizer: “todos somos iguales porque estamos sometidos a la ley, a la misma ley, entendida a su vez como expresión del principio de soberanía”³¹⁹. Agora, a realização da igualdade depende de que “los parlamentos representativos de la nación soberana codifiquen el derecho de manera general y abstracta, aboliendo los privilegios del antiguo régimen y abrogando el viejo derecho”³²⁰.

Daí que à lei é atribuído enorme protagonismo. Ela aparece como a expressão da vontade geral, nos termos do art. 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de

³¹⁷ Neste sentido, é pertinente a seguinte avaliação que Karl Marx faz no Prefácio da obra *Contribuição à crítica da Economia*: “as relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; estas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em sua totalidade” MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. In: FERNANDES, Florestan. *MARX, K. e ENGELS, F. História*. São Paulo: Ática, 1984, p. 232-233.

³¹⁸ Quem apresenta essa ideia é Maurizio Fioravanti, dizendo sobre ela, a constituição mista, que era “[u]na constitución no escrita pero no por ello menos prescriptiva, que predicaba las virtudes de la moderación, del equilibrio, de la justicia adecuada a las cosas y que, precisamente por esto conservaba en su seno las diferencias y las desigualdades. Una constitución que representaba en toda Europa una especie de medida ideal, frente a la cual la igualdad entre los hombres parecía ser, ante todo, un principio desmesurado, fuente necesariamente de desequilibrio, destructivo sin duda para el orden jurídico y político. Esa constitución era fuerte y estaba perfectamente arraigada. Fue necesaria la revolución para afirmar el nuevo principio de igualdad” (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 106).

³¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 106.

³²⁰ As citações diretas também são de Maurizio Fioravanti, o qual, a este respeito assevera, ainda, que: “[e]l nexos entre la soberanía de la ley y el principio de igualdad es doble: mirando al pasado, consiste en la destrucción de los privilegios que se realiza precisamente con el instrumento de la ley soberana, y mirando al futuro, consiste en el papel de garantía de la ley que, poniendo límites al ejercicio de los derechos de cada cual, crea las condiciones para que todos puedan ejercer esos mismos derechos, para que la libertad de cada cual coexista con la libertad de los otros” (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 115).

1789, tendo-se que “[t]anto quando dismantela los antiguos privilégios como cuando limita el ejercicio de los nuevos derechos individuales, no hace más que imponer su superior racionalidad, que actua en un plano general y abstracto sin favorecer o castigar a nadie en concreto”³²¹.

Todavia, além do sentido vinculado a essa igualdade dizer mais com a garantia de direitos civis e pouco ou nada com direitos políticos e sociais – e de, no desenrolar dos acontecimentos, ter sido reduzida ao princípio da legalidade³²² –, ele (o tal sentido) carrega o peso de alguns paradoxos, ao menos do ponto de vista de quem olha do tempo presente para trás.

1.3.1 O *Ius puniendi* frente ao axioma estatalista

Na avaliação de Michel Mialle, “[o] direito racional da Revolução Francesa é o direito do homem egoísta, da sociedade burguesa fechada sobre os seus interesses. Esquecendo os homens concretos, ele limita-se a proclamar princípios que não têm, excepto para a burguesia, qualquer espécie de realidade”³²³. E a teoria do direito natural, “agente de libertação para a época”, em verdade, ocultou a “verdadeira natureza do poder e do direito que se instauram pela revolução de 1789”³²⁴.

De Friedrich Engels³²⁵ colhe-se a lição de que a “igualdade baseada na natureza”, os “os direitos inalienáveis do homem” e o “império da razão”, no final das contas, reduziram-se

³²¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 106 e 115.

³²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 118. Tomando a França como laboratório histórico, Paolo Grossi, sustenta a respeito do que aconteceu nesse período o sobre o que ele vai chamar de “mística da lei”, uma posição profundamente crítica. A lei, “intrinsecamente injusta”, diz ele, “sob o acobertamento de simulacros democráticos”; e num “clima de conquista e ostentada secularização”, será sacra, “assim como será sacra a lei redigida e promulgada por um soberano idiota”. Na sequência, afirma, ainda, que, “no clima pré-revolucionário e revolucionário, a lei receberia um ulterior reforço, o democrático, graças a afirmada (mesmo se não demonstrada) coincidência entre vontade legislativa e vontade geral. Em pleno secularismo, o resultado paradoxal é o perfeito cumprimento da mística da lei, (...). Se muitos altares eclesiásticos serão cuidadosamente desconsagrados, outros tantos – profanos – serão erigidos e consagrados ao culto da lei, juntamente com a teorização de uma verdadeira mitologia jurídica (mitologia devido ao fato de ser muito frequentemente acrítico, ou, o que dá no mesmo, ideologicamente motivado)” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas de modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 41).

³²³ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 273.

³²⁴ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 273.

³²⁵ ENGELS, Friedrich. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico*. Trad. Roberto Goldkorn. 6. ed. São Paulo: Global, 1984, p. 29-30.

à “igualdade burguesa em face da lei”, à “propriedade burguesa” e à “república democrática burguesa”.

Por outro lado, enfatizando a realidade da Holanda, da Inglaterra e da América dessa mesma época, Domenico Losurdo conta que são “burgueses iluminados e tolerantes, liberais que se lançam na expansão colonial”³²⁶; que, nesse período histórico, o comércio dos negros faz parte dessa expansão; que Locke era acionista da *Royal African Company*, empresa inglesa que comercializava escravos; e que, na outra margem do Atlântico, a revolução que eclodiu em nome da liberdade, comportou “a consagração oficial do instituto da escravidão e a conquista e o exercício por longo tempo da hegemonia política por parte dos proprietários de escravos”³²⁷, dentre os quais destaca “George Washington (grande protagonista militar e político da revolta anti-inglês), James Madison e Thomas Jefferson (autores respectivamente da Declaração de independência e da Constituição federal de 1787), os três proprietários de escravos”³²⁸.

A despeito disto, ou seja, da escravidão ser um componente na história da Inglaterra derivada da Revolução Gloriosa, bem dos Estado Unidos, a Inglaterra era enaltecida como o país mais livre do mundo por autores como Montesquieu³²⁹.

Não se pretende, aqui, enveredar para uma discussão filosófica, mas algo da lição de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que toca com o tema, parece contribuir para ampliar a perspectiva. Liberdade e igualdade, segundo ele, “são categorias simples nas quais com frequência se resumiu o que deveria constituir a determinação fundamental, o fim último e o resultado da Constituição”³³⁰. Elas carregam, porém, o defeito de serem, antes de tudo,

³²⁶ LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. 2. ed. Aparecida: Idéias e Letras, 2006, p. 24.

³²⁷ LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. 2. ed. Aparecida: Idéias e Letras, 2006, p. 25-26.

³²⁸ Domenico Losurdo extrai, ainda, um outro exemplo da Inglaterra liberal que é deveras emblemático; e que diz que a posição do filósofo Francis Hutcheson, tido o mestre de Adam Smith. Ele (Domenico Losurdo) narra que, apesar de externar “mal-estar pela escravidão hereditária e racial”, esse filósofo “reivindica por outro lado uma espécie de escravidão penal para aqueles que, independentemente da cor da pele, seriam culpados de vadiagem” (LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. 2. ed. Aparecida: Idéias e Letras, 2006, p. 17-18, 27-28).

³²⁹ Conforme elucida Domenico Losurdo, “[a]ntes da crise que leva à revolução americana, nos dois lados do Atlântico, os ingleses se sentem súditos ou cidadãos orgulhosos de ‘um país, talvez o único’ no universo em que a liberdade civil ou política é o verdadeiro fim e o objetivo da Constituição’. Quem assim se expressa é Blackstone. Para confirmar a sua tese ele remete a Montesquieu que fala da Inglaterra como sendo ‘uma nação que tem como objetivo preciso da sua Constituição a liberdade política’ (*De l’esprit des lois*, de agora em diante EL, XI, 5). Sim, nem o liberal francês tem dúvidas quanto ao fato de que a ‘a Inglaterra é atualmente o país mais livre do mundo, sem excluir república alguma’, a ‘nação livre’ por excelência, o ‘povo livre’ por excelência (EL, XIV, 13; XIX, 27)” (LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. 2. ed. Aparecida: Idéias e Letras, 2006, p. 19-20).

³³⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 306.

determinações totalmente abstratas, de modo que, ou não se deixam realizar, ou atrapalham o concreto, “isto é, uma *Constituição* ou governo em geral”³³¹.

Hegel sustenta que é a desigualdade que entra em cena com o Estado; “a diferença entre poderes governantes e governados, as autoridades, magistraturas, presidências etc.”³³². Daí que “o princípio consequente da igualdade rejeita todas as diferenças, e assim não deixa subsistir nenhuma espécie de ordenamento estatal”³³³. Apesar disto, essas determinações, segundo ele, “sem dúvida, são as bases dessa esfera”. A questão é que, “enquanto são as mais abstratas, são também as mais superficiais, e justamente por isso, facilmente, as determinações mais correntes”³³⁴.

Os homens não são iguais por natureza, diz Hegel. Ao contrário, “deve-se dizer que por *natureza* os homens, são, antes, somente *desiguais*”³³⁵. Na visão do autor, “a subjetividade abstrata, como *pessoa* que é capaz de propriedade”³³⁶ – atributo que ele atrela ao conceito de liberdade – é a “única determinação abstrata da personalidade” que faz dos homens iguais; e o que constitui, propriamente, “a *igualdade* efetiva dos homens”³³⁷. Agora, que “essa igualdade esteja presente, que seja o homem – e não somente alguns homens como na Grécia, Roma etc. –, que se reconheça como pessoa, e faça valer legalmente, eis algo que é tão pouco de natureza”³³⁸. Antes, sugere ele, “é só produto e resultado da consciência do mais profundo princípio do espírito, e da universalidade e avanço cultural dessa consciência”³³⁹.

Quanto à representação corrente de que “cada um deveria limitar sua liberdade em relação à liberdade dos outros; e de que o Estado seria a condição dessa limitação recíproca, e

³³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 306. (Destaque no original)

³³² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307.

³³³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307.

³³⁴ Em uma outra edição, com tradução para a língua espanhola, esta mesma passagem aparece assim: “porque son las [determinaciones] más abstractas, son también las más superficiales y por eso igualmente las más fácilmente vulgarizadas” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas em compendio*. Madri: Alianza Editorial, 2005, p. 553).

³³⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307 (Destaque no original)

³³⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307.

³³⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307. (Destaque no original)

³³⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307.

³³⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 307.

as leis seriam as limitações”³⁴⁰, ele diz que, no bojo dela, “a liberdade só é apreendida como bel-prazer e arbítrio contingentes”³⁴¹.

Daí que as Declarações de direitos até poderiam estar destinadas a inverter a ordem das grandezas **poder e liberdade**; e, pouco a pouco, de fato, lograram invertê-la, tal como indica Norberto Bobbio³⁴². O ponto de vista tradicional, como ele afirma, “tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano”³⁴³; e, partir delas, uma “radical inversão do ponto de vista tradicional do pensamento político”³⁴⁴. A questão, porém, é que as concepções defendidas e empregadas naquela quadra da história guiaram a própria modelagem das formas de organização política: tanto para lhes dar sustentação, quanto para garantir que os interesses prevalentes, naquele específico momento, fossem satisfeitos³⁴⁵.

Isto ajuda a entender a razão pela qual o *ius puniendi*, assumido pelo Estado com o propósito declarado de resolver os conflitos prejudiciais à coesão da sociedade política, acabou por se estabelecer, verdadeiramente, como arma para manutenção das organizações de poder.

³⁴⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 308.

³⁴¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*: 1830. A Filosofia do Espírito. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3, p. 308.

³⁴² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 100-101.

³⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 100-101.

³⁴⁴ O próprio Bobbio, nada obstante, observa que “[a]té mesmo nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França, desde a Magna Charta até o Bill of Rights de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano – como um ato unilateral deste último. O que equivale a dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria tido qualquer direito. Não é diferente o que ocorrerá no século XIX: quando surgem as monarquias constitucionais, afirma-se que as Constituições foram *octroyées* pelos soberanos. O fato de que essas Constituições fossem a consequência de um conflito entre rei e súditos, concluído com um pacto, não devia cancelar a imagem sacralizada do poder, para a qual o que os cidadãos obtêm é sempre o resultado de uma graciosa concessão do príncipe” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 101).

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 101. Segundo Paolo Grossi, viu-se estabelecer um “verdadeiro teorema político-jurídico”, o qual se assentava nas seguintes premissas: “a nova ordem sociopolítica deve ser democrática, em oposição à decrépita ordem classista, exprimindo a vontade geral da nação; a qual tem o seu único e conveniente instrumento de expressão na representação política entendida como representação de vontade; o novo Parlamento é, portanto, o depositário da vontade geral e, a sua voz em nível normativo – a lei – identifica-se com a vontade geral; o princípio de legalidade, ou seja, a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei, torna-se a regra fundamental de toda democracia moderna. Tudo se encaixa perfeitamente, como em um teorema ou, descendo a instrumentos que nos são familiares, como um silogismo. Por trás desse palco cênico em que tudo é idealizado, por trás desse raciocínio realizado através de modelos, fica escondido o Estado monoclássista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de ricos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e a consolidar” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas de modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. Ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 54).

E ao se apropriar do conflito na modernidade burguesa ocidental, o Estado não se legitima como o grande guardião da ordem, apenas. No paradigma de governabilidade que é com ela inaugurado, ele acaba por se colocar como o próprio e o principal ofendido das transgressões às regras estabelecidas. O autêntico propósito que o move quando ingere sobre os conflitos nascidos no seio da sociedade, de consequência, não é produzir solução perene – ao menos não do ponto de vista da causa –, mas afirmar a sua força e o seu domínio³⁴⁶.

Por sinal, pode ser que aqui esteja uma outra contradição na base de fundamentação da nova estruturação política instituída, a qual diz com o argumento de que o modelo organizativo do antigo regime, centrado no paradigma societal, era brutal e desumano. Michel Foucault relata que, na França, o suplício de exposição do condenado foi mantido até 1831, somente vindo a ser abolido em 1848; e, ainda, que um dos países mais resistiu ao cancelamento dos suplícios foi a Inglaterra³⁴⁷. Ou seja, isso não aconteceu logo após as Revoluções.

A punição vai – mesmo –, pouco a pouco, deixando de ser uma cena, segundo Foucault. Mas não porque a intensidade da violência vai, também, gradativamente, diminuindo. É só a “mecânica exemplar da punição” que muda as suas engrenagens. Agora, “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro”³⁴⁸. O fato da justiça “matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor”³⁴⁹.

No fundo, por trás do discurso humanizador estava escondida, nas palavras de Jackson da Silva Leal, “uma dinâmica de controle centralizado estatal de uma massa de indivíduos

³⁴⁶ Neste contexto, conforme Jackson da Silva Leal, a infração se apresenta “mais como uma ofensa ao paradigma de organização baseado na legalidade, do que propriamente uma preocupação com o todo social, e com a comunidade politicamente organizada” (LEAL, Jackson da Silva. O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária. *Métis: história e cultura*, [S.l.], v. 13. n. 26, p. 185-212, jul./dez.2014.).

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 12 e 17.

³⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 13 e 17.

³⁴⁹ Um pouco mais adiante, o autor conta que, “embora se tenha alcançado o essencial da transmutação por volta de 1840, embora os mecanismos punitivos tenham adotado novo tipo de funcionamento, o processo assim mesmo está longe de ter chegado ao fim. A redução do suplício é uma tendência com raízes na grande transformação de 1760-1840, mas não chegou ao seu termo. E podemos dizer que a prática da tortura se fixou por muito tempo – e ainda continua – no sistema penal francês. A guilhotina, a máquina das mortes rápidas e discretas, marcou, na França, nova ética da morte legal. Mas a Revolução logo a revestiu de um grandioso rito teatral. Durante anos, deu espetáculos” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 13 e 17).

indesejáveis, que são objeto de um processo de disciplinamento para o novo paradigma de governabilidade”³⁵⁰.

Michel Foucault desenvolve um denso raciocínio para explicar sobre essa mudança, mas em uma colocação, em certa medida conclusiva e muito pertinente à presente análise, aponta que, a partir dela, dois conjuntos se consolidaram: “o conjunto penal, caracterizado pela proibição e pela sanção, a lei; e o conjunto punitivo, caracterizado pelo sistema coercitivo penitenciário”³⁵¹. O primeiro evoca “certa teoria da infração como ato de hostilidade em relação à sociedade”³⁵²; e o segundo “traz a prática da reclusão”. Além disto, o primeiro “é deduzido, de maneira arqueologicamente correta, da institucionalização estatal da justiça, em virtude da qual, desde a Idade Média, tem uma prática da justiça alinhada com o exercício do poder político do soberano”³⁵³, sendo que dele deriva “uma teoria da infração como ato de hostilidade ao soberano”³⁵⁴. Por outro lado, o segundo “se forma num movimento de desenvolvimento que não é do próprio Estado, mas sim do modo de produção capitalista”³⁵⁵, sendo que, no âmbito dele, além de instrumentos de um poder político, é adotado um poder moral³⁵⁶.

Segundo Michel Miaille³⁵⁷, para conhecer o pensamento jurídico é preciso conhecer as construções teóricas desenvolvidas ao longo da história, achando-se aí a chave para o conhecimento jurídico³⁵⁸. Seguramente nenhuma busca conduzirá ao conhecimento pleno, mas

³⁵⁰ LEAL, Jackson da Silva. O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária. *Métis: história e cultura*, [S.l.], v. 13. n. 26, p. 185-212, jul./dez.2014. A este respeito, Michel Foucault observa que, “por trás das proibições propriamente legais, percebe-se o desenvolvimento de todo um conjunto de coerções cotidianas que incidem sobre os comportamentos, os usos e os costumes, cujo efeito não é punir algo como infração, mas agir positivamente sobre os indivíduos, transformá-los do ponto de vista moral, obter uma correção. Assim, o que se implementa não é apenas um controle ético-jurídico, um controle estatizado em favor de uma classe, é algo como o elemento *coercitivo*” (FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 103).

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 104).

³⁵² FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 104.

³⁵³ FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 104.

³⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 104.

³⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 104

³⁵⁶ Essa discussão não será desenvolvida com maior profundidade, mas cumpre mencionar que o problema para Foucault, neste aspecto, é saber como esses dois conjuntos, de origens diferentes, vão acabar se somando para funcionarem, juntos, no interior da mesma tática; e é precisamente este o questionamento que ele, então, coloca, na sequência.

³⁵⁷ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 243.

³⁵⁸ A este respeito, ainda, o autor assevera que, “cada sistema social, cada modo de produção da vida social produziu o sistema jurídico e a ideologia jurídica correspondentes. (...) Nada se poderia pois compreender do pensamento jurídico se ele não estivesse inserido numa trama histórica que lhe explica o seu desenvolvimento.

dos fragmentos que aparecem no caminho algumas indicações podem ser captadas; e, a partir delas, novos raciocínios se fazem possíveis.

Hoje, pode-se dizer que, com o aparelhamento que deu ao Estado ao longo de todo o século XIX, a burguesia visava exercer o seu domínio: “pesado e tentacular, diversificado e activo, ele é bem o aparelho de que a classe dominante precisava, não apenas para assentar sua autoridade, mas pura e simplesmente para permitir ao novo sistema político funcionar”, segundo Michel Mialle³⁵⁹. E, desde este ponto de vista, como afirma o autor, determinados fenómenos, como a concentração de poder no executivo³⁶⁰, por exemplo, esclarecem-se. Diz ele, porém, que essa concentração era “bem mais aparente do que real”; que “o funcionamento actual das instituições revela muito mais o peso das diversas administrações – muitas vezes com as suas contradições – do que um governo eficaz, sempre destroçado perante os problemas estruturais e mesmo conjunturais”³⁶¹; e que essa hipótese se aplica “ao aparelho de Estado repressivo e estritamente administrativo (os serviços públicos)”³⁶² e “aos aparelhos ideológicos, cujo peso é cada vez maior: escola, imprensa, cinema, sindicatos, associações, etc.”³⁶³.

Com efeito, a tese que Michel Mialle sustenta sobre a hipertrofia administrativa e o lugar desmensurado conferido à administração francesa é a de que ela (essa administração) “é forte porque o executivo é fraco”³⁶⁴. Segundo ele, defendendo a separação dos poderes, o que a Revolução de 1789 faz é instituir os órgãos da burguesia – quais sejam, uma assembleia representativa e um executivo –, mas se a forma jurídico-política dessa assembleia não enfrentou maiores resistências, diferente é o que acontece com relação à forma e ao funcionamento do executivo, tendo permanecido como um problema. Tanto “o desaire da monarquia constitucional, que acabou na condenação à morte de Luís XVI em Janeiro de 1793”, quanto “o desaire de uma monarquia reencontrada, de 1815 ao conde de Chambord em 1872”,

Como a ciência, que demonstrei não ser o desenvolvimento linear e contínuo de um pensamento original, também o «pensamento jurídico» não é uma linha que, da aurora da humanidade aos nossos dias, se tivesse progressivamente enriquecido. Se é uma linha, é uma linha quebrada que deveríamos observar: as formas da reflexão sobre o direito mantêm-se inteiramente solidárias com o sistema social que as contém. Elas são objectivamente ao mesmo tempo a sua expressão e a sua justificação” (MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 241).

³⁵⁹ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

³⁶⁰ Que se vê refletida, por exemplo, naquela tese já discutida de que julgar a administração ainda era administrar.

³⁶¹ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

³⁶² MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

³⁶³ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

³⁶⁴ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

aponta o autor, “trazem consigo a impossibilidade de estabelecer um executivo que seja objeto de um consenso semelhante àquele que rodeia a aceitação de um legislativo”³⁶⁵.

A legislação, expressão típica da soberania, não estava em questão naquela altura. Isso parece indicar a razão pela qual maior energia foi dedicada ao reforço do aparelho administrativo.

Neste aspecto, já partindo da premissa de que a doutrina jurídica oitocentista se movia dentro de um axioma estatalista, Pietro Costa, observa que o Estado que ela apresenta “como submetido ao direito não é na verdade o Estado como tal, o Estado como totalidade e síntese dos poderes, mas é o Estado em uma específica determinação ou função: a função administrativa”³⁶⁶. Ou seja, o Estado que é submetido ao direito é só uma parte dele, apenas a sua manifestação administrativa, propriamente; “e é, de fato, a criação de uma jurisdição administrativa na Alemanha, assim como na França e na Itália, o detonador institucional da teoria do Estado de direito”³⁶⁷. Agora, “quando está em jogo o Estado como tal, continua a ser afirmada, pela maioria da doutrina, a tese da constitutiva resistência do soberano a qualquer vínculo ou limite jurídico”³⁶⁸, numa dinâmica em que a administração pode se submeter à lei, mas a legislação não.

A questão que aqui interessa, neste aspecto, diz com algumas das repercussões desse axioma estatalista, que se conectam com aquele conjunto penal a que se referiu Foucault. Dele é que emana o fundamento para o estabelecimento de uma dinâmica repressiva que se volta mais para a proteção da ordem do que para a efetiva resolução dos conflitos sociais. E, ao que parece, é – justo – porque traz consigo o pressuposto de que o soberano não pode ser afrontado. A diferença é que, agora, a cadeira da soberania passa a ser ocupada pelo Estado, simbolizando ele uma espécie de síntese do povo e da nação.³⁶⁹

³⁶⁵ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 235-236.

³⁶⁶ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

³⁶⁷ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

³⁶⁸ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

³⁶⁹ Segundo Antonio Manuel Peña Freire, “[e]l absolutismo monárquico dará paso a um sistema organizativo donde la supremacía política e jurídica pasa a manos del poder legislativo, único soberano al ser representante de la nación. Si el imperio de la ley era considerado la garantía máxima contra el arbitrio y la injusticia de los gobernantes, una vez asentado el modelo jurídico-político burgués, asistiremos a un giro em la realidad del Estado de derecho, que abrirá las puertas a nuevas expresiones absolutas o totales de poder” (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 53-54). Tratando do mesmo assunto, Clémerson Merlin Clève, explica que: “[o] Estado moderno concentrou os poderes que, na sociedade política feudal, encontravam-se atomizados. A concentração de poderes nas mãos do príncipe, que deu origem ao Estado absoluto, foi corroborada pela ação dos juristas forjadores do conceito de soberania. Naquele

Como parte integrante de uma concepção substancialista, o que ele faz, o tal axioma, é conferir personalidade ao Estado. Induz a que ele seja encarado, nas palavras de Juan Antonio García Amado como “una especie de supraindividuo o supersujeto con existencia propia”³⁷⁰; “como un ente dotado de ciertos caracteres constitutivos que le confieren naturaleza propia y específica, al margen o por encima de los componentes puramente formales o estrictamente jurídicos, y en alguna medida también al margen o por encima de los ciudadanos y de la sociedad que forman”³⁷¹.

O próprio exercício do *ius puniendi* é lastreado nessa visão. O dilema é que ela “es herencia y secuela de la identificación absolutista entre el Estado y la persona del monarca”³⁷²; e produz a seguinte consequência: “si ya no es el Estado lo mismo, en esencia, que la persona-institución del Rey, será el Estado persona en sí y ‘reinará’ sobre sus súbditos-ciudadanos com pareja potestad e idéntica función”³⁷³.

momento, o poder soberano legitimava a ação governamental do monarca. Nenhum poder havia acima dele. A proposta dos pensadores oitocentistas não era de, mais uma vez, atomizar o poder político, mediante a eventual destruição do aparato estatal. O Estado consiste, para esses pensadores, num mal. Mas, num mal necessário. A proposta do Estado Constitucional era a de limitar o poder político, mantendo-o concentrado. E isto ocorreria da seguinte forma. Primeiro, tratava-se de organizar o espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Aqui reside o núcleo da teorização conducente à separação dos poderes. Depois, deslocando a soberania das mãos do monarca para as mãos do povo ou da nação”. O mesmo autor observa, ainda, que Montesquieu não era burguês, mas um integrante da aristocracia francesa; e “como pensador interessado” que era, “advogava a permanência dos privilégios de classe”. A despeito disso, “a teorização desenvolvida no célebre cap. XI da obra *De L’esprit des lois* foi absorvida pelos intelectuais orgânicos da classe emergente, transformando-se não simplesmente em postulado de bom governo e da garantia das liberdades, mas também em receita de organização política reivindicada como perfeita pela classe socialmente hegemônica, conquanto ainda não politicamente dirigente”. (...). Nesse contexto, a teoria da separação dos poderes, enquanto sábio mecanismo propiciador da contenção do poder pelo poder, alcançará inusitada significação. (...) Ocorre aqui a positivação, o ingresso no mundo jurídico, de uma técnica formulada ideológica e teoricamente, embora reivindicada de maneira inequivocamente política” (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 27-30).

³⁷⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus limites. *Documentación administrativa*, [S.l.], n. 280-281, p. 11-43, ene. /ago. 2008. p. 14.

³⁷¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus limites. *Documentación administrativa*, [S.l.], n. 280-281, p. 11-43, ene. /ago. 2008, p. 15.

³⁷² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus limites. *Documentación administrativa*, [S.l.], n. 280-281, p. 11-43, ene. /ago. 2008, p. 15.

³⁷³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus limites. *Documentación administrativa*, [S.l.], n. 280-281, p. 11-43, ene. /ago. 2008. O mesmo autor, ainda, elucida que: “Otras corrientes sustancializadoras del Estado no llegan a pintarlo como esa especie de organismo viviente complejo, pero lo dotan de alguna propiedad definitoria que lo convierte en un ser específico y que, al tiempo, sirve de explicación y fundamento de sus poderes, incluido el de imponer castigos a los ciudadanos. De esas propiedades, la más común e importante es la soberanía. El Estado lo es porque tiene soberanía y la soberanía existe como y en cuanto atributo del Estado. A partir de esse dogma inicial se tiene, al mismo tiempo, por explicada la existencia del Estado y por justificada su potencia coactiva”. Sendo ainda mais categórico, Paulo César Busato afirma que se deveria reconhecer a inexistência de um *ius puniendi*. Segundo ele, “[o] Estado não é, em realidade, portador de direitos. Nem pode ser, porquanto não é indivíduo e não realiza o ato de mútua convivência. Só pode ser portador de direitos quem pode exigir, para si, em prol de seu próprio interesse, alguma atitude de outro. Tudo o que o Estado exige de cada um não é de seu próprio interesse, mas interesse dos demais indivíduos. Assim o Estado não é detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos)” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-19, p. 15).

A teorização que colocará em xeque o paradigma estatalista, segundo Pietro Costa³⁷⁴, será aquela de Hans Kelsen, que distingue o ser do dever ser. Com Kelsen, tem-se, segundo Costa, que o Estado passa a ser percebido como um aparato normativo, um ordenamento; e não mais como um ente que se relaciona com os indivíduos em termos “reais”. Nesse momento, “[c]ai, então, o próprio fundamento da famosa tensão: de um lado o Estado onipotente e de outro lado os sujeitos, de um lado o soberano e de outro lado os direitos”³⁷⁵, porque, na realidade, o Estado não existe. “Existem no plano do ser, os indivíduos em carne e osso e, no plano do dever ser, um sistema normativo que estabelece competências e os ônus dos sujeitos de direito (sejam pessoas físicas ou entidades coletivas)”³⁷⁶.

Certamente não por outra razão Dimitri Dimoulis – já no contexto atual – vê o uso do termo *ius puniendi* dentro de um Estado constitucional como resquício de visões autoritárias e aponta que “sua sobrevivência só pode ser explicada pelas ideologias que ainda consideram a repressão estatal o exercício de uma espécie de direito de autodefesa do Estado e, por extensão, da própria sociedade contra o criminoso tido como inimigo público”³⁷⁷. E, então, alerta que, no Estado constitucional, “é preciso diferenciar entre as competências penais devidamente exercidas e as tentativas das autoridades estatais de violar os bens e direitos de pessoas rotuladas como inimigas”³⁷⁸.

O autor faz remissão direta às competências penais, mas a lição serve à análise de toda e qualquer atuação repressiva que seja desempenhada pelo Estado no exercício do seu múnus. Até porque, sendo a expressão que o qualifica antiquada – ou não –, fato é que ela corresponde a uma só atribuição. O poder investido ao Estado é um só, ainda que as competências que o compõem possam ser fracionadas, por motivos organizacionais³⁷⁹.

³⁷⁴ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251.

³⁷⁵ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251.

³⁷⁶ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251.

³⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 37.

³⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 37.

³⁷⁹ Tal como corrobora Rodrigo Pires da Cunha Boldrini acerca da separação de poderes, “[h]istoricamente, a técnica da separação dos poderes pressupunha que o exercício do poder, que antes era concentrado em um só órgão, deveria ser dividido entre vários órgãos. A concentração, cujo maior exemplo correspondia anteriormente à monarquia absolutista, foi a primeira forma de exercício do poder. Era uma forma inconveniente, porque dava margem ao arbítrio. Assim a necessidade de prevenir o arbítrio levou à limitação do poder por meio da distribuição do seu exercício. O poder do Estado é uno e indivisível, assim como também é uma e indivisível a soberania. Entretanto, o exercício desse poder pode ser distribuído entre órgãos do Estado, o que não rompe a unidade do poder. Isso porque o que se divide não é o poder, mas sim o seu exercício. Portanto, divisão de poder quer dizer divisão de exercício do poder, divisão de trabalho” (BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de Direitos e Separação dos Poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 187). No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari

E quando se começa a questionar acerca dos fundamentos e dos limites desse poder, no cenário atual, vê-se, por diferentes ângulos, que a dinâmica dos processos sancionatórios ainda guarda heranças daquele axioma estatalista – inclusive no que diz com a dinâmica de funcionamento do aparelho estatal –, a despeito do conteúdo compromissório e da carga protetiva a direitos fundamentais que as cartas constitucionais do século XX carregam.

Em pleno século XXI, conforme observa Ricardo Marcelo Fonseca, a tendência ainda é achar que no Estado reside a única fonte de autoridade, bem como “a lei, que deriva do poder político estatal, como um comando em si mesmo racional (afinal, foi elaborada pelos representantes do povo, eleitos democraticamente)”³⁸⁰. Mas há outras formas de organização de poder, para além do “poder soberano” do Estado, tal como explica o autor, baseando-se, nas lições de Michel Foucault e de Gilles Deleuze; e se referindo ao “poder normalizador” de que trata o primeiro – e dos dois mecanismos que a conformam, quais sejam, o poder disciplinar e o biopoder – e à “sociedade de controle”, de que trata o segundo, apontando corresponder ela a um tipo de organização que “opera sobretudo com base em estratégias biopolíticas”³⁸¹.

Estes não são temas cuja análise possa se esgotar em poucas linhas, mas a menção, ainda que sucinta, é importante na medida em que confere aporte para a linha de raciocínio que se desenvolve. Vale pontuar, por este motivo, ainda seguindo Ricardo Marcelo Fonseca que, enquanto a lei e o direito representam faces desse poder soberano – e possuem um âmbito restrito de incidência –, o poder normalizador, diversamente, exerce-se continuamente, visando moldar a subjetividade dos sujeitos, a partir de um sistema de vigilância intermitente e de um

assevera que: “[e]mbora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de *poder* e de *função* do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216-217). Ainda, segundo Clèmerson Merlin Clève, “[o] poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagonicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, materializa-se, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, com, inclusive, o Estado e o direito. Quando a doutrina tradicional trata de poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 31).

³⁸⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281, p. 259.

³⁸¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

aparato de regras, normalizações e controles que se não impõem pela ameaça de uma sanção institucionalizada³⁸². E, ao contrário do que possa parecer – por conta de suas diferenças – essas formas de poder não são incompatíveis. Eventualmente, podem até se combinar. Diz o autor que, “[n]ão necessariamente, mas muito frequentemente, o direito, como modo de exercício de poder, está implicado com a disciplina ou com o biopoder”³⁸³.

Ricardo Marcelo Fonseca ensina, então, que existem circunstâncias em que, um e outro – ou seja, o poder normalizador e aquele decorre do direito – atuam independentemente; e que o direito assume algumas vezes, inclusive, “caráter de dessujeição”³⁸⁴. O Direito Constitucional, por exemplo, segundo ele, “ao estabelecer normas e princípios que envolvem direitos fundamentais, pode também cumprir uma função de emancipação diante de constrangimentos normalizadores levados a efeito pelo próprio Estado”³⁸⁵.

Quanto de normalizações dessa ordem a lógica sancionatória incorpora, ainda hoje; e em qual medida a subjetividade dos próprios agentes públicos munidos do *ius puniendi* é impactada por isso, não se pode – e nem pretende – mensurar. Nada obstante, parece importante reconhecer as situações em que o potencial emancipatório das normas e princípios sobre direitos fundamentais é anulado por discursos puramente retóricos.

É de se indagar, neste sentido, se disputas entre a vedação ao *bis in idem* e a independência entre as instâncias ou entre a presunção de inocência e o que se chama por *in dubio pro societate*, seriam tão problemáticas, se os postulados do Paradigma Constitucional estivessem, realmente, incorporados à racionalidade que deve presidir a atuação repressiva dos agentes Estado; ao invés de carregar, ainda, resquícios do axioma estatalista. Igualmente, se à

³⁸² FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

³⁸³ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281, p. 277. Essa foi a técnica, se é que assim se pode chamar, empregada pela burguesia, no contexto revolucionário, segundo Michel Foucault. É disto que ele está falando quando afirma que: “[o] afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e ‘humanidade’. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação da punitiva. Redução de intensidade, talvez. Mudança de objetivo, certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 18).

³⁸⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281, p. 279.

³⁸⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a ‘norma’: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281, p. 279.

plena incidência das regras e princípios que envolvem direitos fundamentais têm se sobreposto, concretamente, constrangimentos normalizadores que emanam dos próprios agentes do Estado.

Quando, ao fim e ao cabo, assiste-se a um embate entre um *ius puniendi* carregado daquela racionalidade da era revolucionária – que na teoria era uma coisa e, na prática, outra – e uma Constituição democrática, republicana e garantista, que enaltece e se auto atribui, contra qualquer outro, um sentido de prevalência dos direitos da pessoa, parece, verdadeiramente, estar-se diante de um embate de paradigmas. Sim, porque depois daquele primeiro rompimento paradigmático a que se referiram Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem – e que marcou o início da modernidade –, houve outro³⁸⁶. Aquela concepção liberal de bem comum, de interesse público, que se refletia na garantia de interesses privados específicos, não é a mesma que vincula a atuação do Estado agora³⁸⁷. Por conseguinte, dentre outras coisas, a legitimidade do emprego da força está predicada em outros postulados. É natural, daí, que não haja acerto sobre a direção a ser tomada para a resolução dos conflitos sociais. Aquela que conduz à afirmação e à manutenção da autoridade do ordenamento, raras vezes coincidirá com uma outra inteiramente voltada à proteção da pessoa.

No contexto do paradigma do Estado Constitucional, uma interpretação que se preste mais a garantir que, de qualquer forma, sejam punidos os agentes públicos que faltam com o dever de probidade, do que a resguardar os direitos e garantias individuais, na maior medida possível, mesmo quando alguma restrição seja indispensável, não parece poder ser admitida como legítima, a não ser que se parta de uma perspectiva puramente individualista, que vise atender apenas interesses privados específicos.

³⁸⁶ Precisamente aquele que rompeu com o “Estado Legislativo”, para assentar o “Estado Constitucional”. A esse respeito, Daniel Wunder Hachem explica que, em oposição ao Estado Liberal burguês, que se construiu sobre os alicerces da supremacia da lei em relação à Administração e aos direitos do cidadão e exerceu forte influência sobre a maneira de pensar o Direito, em muitos aspectos (“seus baldrames, seus objetivos, sua forma de criação, aplicação e instrumentalização”), concorrendo para a formação do paradigma do Estado Legislativo, colocou-se o Estado Social. Este, por sua vez, irrompeu em meio a outra revolução, impulsionada pelas nefastas consequências produzidas pelo liberalismo nos âmbitos econômico e social; e deu à Administração o aparelhamento necessário a promover a satisfação dos direitos fundamentais, consolidando um outro paradigma, qual seja, o do Estado Constitucional. E, nesse novo cenário, o que se exigia, segundo o autor, “não era apenas um aumento das intervenções do Estado, mas uma modificação substancial no modo de conceber as suas relações com a sociedade” (HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99-103).

³⁸⁷ Por sinal, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem reputam que “[o] equívoco em que incidem alguns autores, ao endereçarem indevida crítica à utilização da supremacia do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo, radica-se na inexistente identidade que parecem imprimir entre a noção de interesse público própria do liberalismo oitocentista e a sua compreensão hodierna” (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201). E o que se tem é que essa “inexistente identidade” precisa ser percebida e reconhecida em diversificados contextos.

1.3.2 A Função administrativa e a legitimidade da ingerência sancionadora estatal sob o marco da Constituição da República de 1988

Pode-se dizer que o que justifica a entrega de poderes a qualquer agente público é o fato de que, todos eles, exercem função administrativa³⁸⁸.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho dizem que, “função – enquanto desempenho, adimplemento, execução – é a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo”³⁸⁹. Há riqueza de definições para o que se chama função administrativa, porque se trata de um conceito estrutural para o Direito Administrativo. Mas partir dessa noção de função, com sentido amplo, para verificar os contornos do poder punitivo estatal parece ser, especialmente, apropriado.

Quanto àquela que é desempenhada no âmbito do Estado, ou seja, a “administrativa”, caracteriza-se pelo “vínculo incindível que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto, dirigido ao atingimento de determinado escopo preestabelecido”, segundo Egon Bockmann Moreira³⁹⁰.

Na prática, quer dizer que esse agente atua como verdadeiro mandatário na defesa de interesses que lhe não são próprios. Isto tem implicações em termos de legitimidade e conexão direta com os limites dos poderes a ele atribuídos para consecução dos seus deveres. É natural a conclusão de que a legitimidade de sua atuação termina quando ele excede os limites desse mandato. Mais difícil é determinar qual é a extensão de tais limites.

Sim, porque ela pode variar a depender de quais sejam as premissas escolhidas para pautar a análise. Para começar, é crucial identificar qual propósito une todas as partes, de modo a lhes apontar, então, uma direção compatível e coincidente. Pensar, por outro lado, que se não trata de atuações isoladas, mas inseridas no contexto de um todo orgânico de partes, além de coerente com a lógica constitucional democrática, elimina uma série de possíveis ramificações.

No que diz com a função administrativa realizada no âmbito sancionador – seguramente, não só –, essas duas coisas fazem grande diferença. Mesmo porque, implicam e

³⁸⁸ Neste sentido, embora se referindo, especificamente, ao procedimento administrativo, Romeu Felipe Bacellar Filho, ensina que “os agentes estatais exercitam o poder em nome de uma finalidade, desempenham função” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138).

³⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 398-399.

³⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

estão implicadas na ideia de que há uma linha de sentido normativo (princípios subjacentes) que amarra as disposições constitucionais e lhes confere sistematicidade.

Ela (a tal linha) é, em si, o resultado de uma escolha. E é, precisamente, o respeito a essa escolha o que confere validade às decisões tomadas pelos aplicadores do direito, seja na esfera legislativa ordinária, administrativa ou judicial. Por decorrência lógica, é, também, o que deve balizar a definição dos limites de exercício do poder.

Em uma palavra, tem-se que da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 emanam referências axiológico-valorativas e o seu sentido, enquanto norma, está nelas contido. O raio de premissas elegíveis e de possibilidades interpretativas é restringido, precisamente, por essas referências. A partir delas é que se dirá quando o poder outorgado para o cumprimento de um determinado dever foi exercido – ou não – dentro de limites aceitáveis, tanto no que se refere ao fim almejado, quanto no que diz com os meios empregados para tanto. Há, portanto, condicionamentos teleológicos e de ordem estrutural.

O operador do direito – enquanto agente incumbido de uma função –, a começar pelo legislador ordinário, deve estar predisposto a perseguir esse sentido específico, ao invés de qualquer outro particular; e a melhor maneira de bem se desincumbir desse ônus não passa por adotar, na via da interpretação, uma perspectiva objetivista ou subjetivista³⁹¹. Diversamente, passa por reconhecer que, no sentido axiológico-normativo e material que a juridicidade (constitucional) exprime através de direitos e princípios, pode-se encontrar uma decisiva determinação normativa. Quiçá, uma enunciação apofântica condizente com a estrutura lógico-formal das normas, capaz de lhes tornar objeto de um conhecimento já hermenêutico, dogmático e sistemático³⁹²; e mais próximo daquele fim que sustenta a sua função e o próprio uso de poderes.

³⁹¹ Na síntese de A. Castanheira Neves, “[u]ma *teoria subjetivista* sustenta que o propósito decisivo da interpretação estará na averiguação da vontade do legislador (da vontade real, subjetivo-histórica ou histórico-psicológica do legislador) que se exprime no texto da lei: o objetivo essencial da interpretação seria o de reconstruir o real pensamento do legislador histórico (*mens legislatoris*) formulado na lei – que tanto é dizer, a vontade legislativo-prescritiva que está geneticamente na base do texto-norma legal. Uma *teoria objetivista*, pelo contrário, entende que a interpretação se deverá orientar para o sentido objectivamente assimilado pelo próprio texto da lei, para o sentido que autonomamente (i.e, com abstracção ou desligado do seu autor real) o texto é susceptível de encarnar e exprimir (a *mens legis* ou o noema jurídico do texto, enquanto corpus jurídico-significativo)”. Enquanto a orientação subjetivista seria “historicamente a primeira” como o “corolário metodológico do legalismo pós-revolucionário: o direito é a expressão da *volonté générale*, a expressão legislativa da vontade política titulada no poder legislativo”; a orientação objetivista, por sua vez, “surgiria já na segunda metade do séc. XIX”, como “consequência de outro contexto cultural, de uma distinta concepção do direito e proposta a diferentes objetivos práticos” (NEVES, Castanheira A. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 98-99).

³⁹² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998.

Em matéria sancionatória, a interpretação que se atribui à previsão contida no art. 37, § 4º, da Constituição da República, é determinante para a construção de qualquer raciocínio ligado aos limites do *ius puniendi* estatal. A questão, portanto, é saber se aquela tese predominante, que sustenta haver nesse dispositivo constitucional fundamento para a afirmação de um princípio de independência entre as instâncias, resiste a uma verificação de adequação lastreada em referências axiológico-valorativas deduzidas da Constituição.

2 LIMITES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

2.1 A DECISÃO JURÍDICA FRENTE À IMPOSSIBILIDADE DE AFIRMAR “A” RESPOSTA CORRETA

A (im)possibilidade de afirmar, pela via da interpretação, “a” resposta correta para uma determinada situação jurídica é questão das mais complexas e divide a doutrina³⁹³. No final das contas, ela parece se conectar com a discussão sobre o sentido do ser, para a qual Martin Heidegger chamou atenção em *Ser e Tempo*³⁹⁴; e com a reflexão hermenêutica de Hans-Georg Gadamer em *Verdade e Método*³⁹⁵.

Nada obstante, as posições que se contrapõem com maior proeminência parecem incorporar uma preocupação comum: conter as arbitrariedades que, no exercício do poder, possam ser impostas como consequência de uma não delimitação do espaço das subjetividades.

E essa é uma preocupação importante que impacta, também, sobre a presente análise. Mais até, no que refere às decisões que conformam políticas tendentes à concretização de certos

³⁹³ Em poucas palavras, tal como aponta Lênio Streck, a “famosa tese da resposta correta” compõem o núcleo da Teoria do Direito dworkiana que se volta contra a discricionariedade judicial, com a proposta de que cada tomada de decisão deve refletir uma articulação com o todo coerente do Direito – direcionada a produzir “adequação institucional” e uma “melhor justificativa substantiva” –; e não a opinião que o juiz tem do caso. Com isto, ter-se-ia o “Direito como integridade” e a decisão judicial refletindo um ato de responsabilidade política; não a mera opção por uma determinada tese em meio a outras. Segundo Lênio Streck, a teoria discursiva habermasiana também “aposta na existência de uma resposta”; e, ainda, a teoria de Luhmann, apesar de não enfrentar a questão, “parece não admitir relativismos e discricionarismos”. Ele, por sua vez, diz não acreditar “na escolha da solução mais adequada”, mas – sim – na “resposta baseada em critérios a partir dos quais a decisão jurídica respeita o direito fundamental do cidadão a uma resposta adequada à Constituição”, sendo que o caminho para alcançar essa resposta estaria na “imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da *law as integrity* de Dworkin”. Mas que esse direito fundamental a uma resposta correta, no sentido de ser “constitucionalmente adequada à Constituição”, “não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos; e “[r]espostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade”. Segundo ele, a resposta adequada à Constituição é aquela que se confirma na própria Constituição; e que, para isso, não depende – porque assim feriria o princípio democrático – da “consciência do juiz”, do “livre convencimento”, tampouco da busca da “verdade real” (STRECK, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 385-392. STRECK, Lênio. Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição. *Conjur*, 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

³⁹⁴ Para ficar em uma só passagem de Martin Heidegger – já que se não tem, propriamente, a intenção de aprofundar o tema –, que, sozinha, tangencie o assunto de que se trata, cumpre mencionar a seguinte: “[a] interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15ª ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 207).

³⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

conteúdos programáticos; e não tanto no que toca com aquelas que conferem solução a um específico caso concreto. Porque no plano – macro e prospectivo – em que essas primeiras decisões acontecem, a defesa “da” resposta correta parece até incogitável. Mesmo assim, são elas que encaminham na direção de uma ou outra racionalidade – ditando, aliás, o rumo das outras – e, afinal, fazem desencadear, ou não, os processos necessários à consolidação das mudanças de paradigma já consagradas na teoria. Por isto é que, para o presente estudo, importam, sobremaneira.

Quando a satisfação de direitos depende da assimilação e da prevalência de uma específica racionalidade, em qualquer caso, nada obstante, é imprescindível reconhecer que preconceções interferem sobre quaisquer equações decisórias humanas; e que isso gera consequências.

Aqui, põe-se em evidência a questão da base dos raciocínios jurídicos, anotando-se, de plano, a conclusão de que meros esquemas lógico-formais, provenientes de um tipo de pensamento analítico, não são capazes de cercar o direito e toda sua dialeticidade. Por mais que um dado resultado possa ser externado na forma de uma subsunção, tem-se, ao lado de Luiz Fernando Coelho³⁹⁶, que as premissas que conduzem a ele, não são, sempre e seguramente, dedutíveis de outras subsunções; e, portanto, que o caminho percorrido pode muito bem ter sido o inverso do indicado, ao final, ou, em outras palavras, que ela (a subsunção) não traduz uma interpretação à luz da lei, mas uma interpretação da lei conforme o entendimento do intérprete. Isso, todavia, não quer, necessariamente, dizer que se operou com ardid. Ou seja, não se trata de estabelecer distinção entre pessoas bem ou mal-intencionadas.

A doutrina sobre a ontologia fenomenológica e a hermenêutica filosófica ajudam a entender isso e a perceber como elementos irracionais perpassam o juízo interpretativo e pesam sobre a escolha das premissas. Eis a razão pela qual não é possível acessar o fenômeno jurídico tão só pela estreita via do pensamento analítico.

Nestas condições, um sistema que se não pretenda estabelecer sob bases puramente positivistas e de cariz exegético ou normativista – porque não reconhece em logicismos sintático ou semânticos capacidade substancial para a interpretação do direito –, mas que, por outro lado, não aceita estar alicerçado no extremo oposto, por vislumbrar que a solução não passa por permitir o exacerbamento de um subjetivismo repleto de elementos intencionais, a questão dos solipsismos importa e com enorme grau de grandeza; e não só nos campos em que a aplicação do direito se realiza, em concreto.

³⁹⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Intepretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 148.

O pressuposto a assentar, aqui, antes de avançar, é o seguinte, empregando-se as palavras de Lênio Streck: “[o] homem está inserido em um complexo de significações, traduzidos pela linguagem, que o coloca no mundo. Parte-se da premissa, pois, de que estamos no mundo pela tradição, e que nossos pré-juízos são a condição de possibilidade para falar no mundo”³⁹⁷.

Resgatando a dicotomia aristotélica entre os raciocínios aporético e apodítico, Theodor Viehweg, sustenta a impossibilidade de abandonar a tópica em favor de uma sistematização dedutiva baseada em um método axiomático na aplicação do direito, um pouco, em vista disto³⁹⁸.

A teoria desse autor, que conduz a uma “técnica do pensamento problemático”, é objeto de diversificadas críticas, dentre as quais Marco Aurélio Marrafon destaca, em meio a outras, a de que surgem imprecisões “quando Viehweg busca respaldo nas formulações de Cícero para explicar o modo de extração das premissas que solucionem o problema jurídico (entendido como o caso que, além de permitir mais de uma solução possível, deve ser decidido segundo a aporética exigência de busca da justiça *in concreto*)”³⁹⁹.

O alcance da solução para um determinado problema através da tópica, dar-se-ia em duas fases: a primeira, consistiria no momento da busca ou invenção de argumentos, que sejam adequados ao caso; e, na segunda, correspondente ao momento da formação do juízo, em si, aconteceria a escolha de um dentre os *topoi* previamente selecionados, sendo que o caminho para o seu exame seria o da teoria da argumentação e a escolha do melhor ponto de vista para solucionar o caso proviria do consenso⁴⁰⁰.

No que diz com o objeto da presente análise, é pertinente a crítica que Robert Alexy apresenta, em face disto. Ele reconhece que há um senso na afirmação de que a sua teoria da

³⁹⁷ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56

³⁹⁸ Nas palavras dele, “tem de se fazer esforços extraordinários e engenhosos para se livrar o sistema de toda influência da tópica, especialmente, quando um sistema dedutivo elaborado sob a linguagem ordinária é reconhecido como incapaz de proporcionar uma garantia suficiente contra a influência da tópica. (...) Que no âmbito jurídico a unidade sistemática é antecipada em geral, é indiscutível. Até que ponto, porém, elas subsistem de um modo, por assim dizer, parcial aproximado, não se pode dizer, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas. (...) Só se pode conhecer por suposições em que medida uma proposição qualquer está assegurando sistematicamente, i.e., até que ponto está protegida diante de possíveis colisões. Portanto, o seu valor lógico se determina conforme o alcance e o grau de perfeição do conjunto argumentativo em que como axioma ou [algo] derivado, não é completamente conhecido” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica de Jurisprudência*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 86-87).

³⁹⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 99.

⁴⁰⁰ Tudo, conforme explica Marco Aurélio Marrafon (MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 100-101).

argumentação “incorpora as intenções da teoria tópica como ela tem sido aplicada na lei”⁴⁰¹, para explicar como se relaciona com a “‘tese de Viehweg’, de que o pensamento jurídico é melhor entendido como uma forma de pensamento ‘topicamente orientado’”. Faz isto, porém, com algumas ressalvas, começando por uma explicação acerca do que se pode entender como teoria tópica. Diz que ela poderia significar três coisas distintas: “(1) uma técnica de buscar premissas para um argumento; (2) uma teoria quanto a natureza das premissas; e (3) uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei”⁴⁰².

O autor enfatiza as duas últimas acepções, apontando, com relação à segunda, que ela se baseia na assertiva parcialmente falsa e por demais generalizada – “porque não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de justificação das decisões” – de que as proposições extraídas de uma argumentação que parte de um topos são sempre “plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas, ou prováveis”, a qual, além do mais, é incapaz de “fazer justiça ao caráter autoritário da argumentação jurídica no contexto da dogmática jurídica institucionalmente perseguida e no contexto do caso de precedentes jurídicos”⁴⁰³.

Assim, a importância da lei, da dogmática e dos precedentes ficaria rebaixada – o que já é grave, por si –, mas o problema fundamental da teoria tópica estaria na “sua orientação exclusiva de considerar a estrutura superficial de argumentos padrão”⁴⁰⁴, porque a análise lógica desses argumentos é – justo – o que importa, no entendimento de Alexy. E, isto, por uma razão elementar: “[é] somente dessa maneira que se pode compreender seu caráter de estruturas que englobam várias sentenças, algumas das quais tem a característica muito importante de ser normativas”⁴⁰⁵.

Com relação àquela acepção que diz com a aplicação das premissas definidas na justificação das decisões dos casos, o ponto forte da tese da teoria tópica estaria na exigência de que todos os aspectos sejam levados em consideração. O dilema, aqui, nada obstante, estaria no fato de nada se dizer a respeito do que os faria decisivos – ou não –, nem por qual motivo um determinado ponto de vista deveria ser conduzido à primeira posição no contexto de uma

⁴⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 30-33.

⁴⁰² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 31.

⁴⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 31.

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32.

discussão, para se estabelecer, então, como consenso. Se uma determinada solução foi obtida através de um consenso, conseqüentemente está certa, só por isto? Esta é a indagação que Alexy faz, para depois afirmar: “[n]ão pode ser este o caso, se as subseqüentes discussões revelarem defeitos inerentes a consenso anterior. Seria ao menos necessário exigir que em tal discussão certas regras sejam seguidas, regras que dariam à discussão um cunho racional”⁴⁰⁶.

Nesta toada, Alexy diz que a teoria dos tópicos não contempla uma análise suficiente sobre a “estrutura profunda dos argumentos”, além de adotar um “conceito pouco preciso de discussão”⁴⁰⁷. Mas, apesar das muitas reservas, concede-lhe méritos por mostrar que “em áreas onde não há motivos para a justificação não é necessário deixar o campo aberto para a tomada irracional de decisões”⁴⁰⁸; e por se pautar na “crença de que existe uma conexão conceitual próxima entre a ideia da justificação e da discussão racionais”⁴⁰⁹.

Marco Aurélio Marrafon, seguindo na mesma linha, reconhece como um dos legados da obra de Viehweg o de trazer de volta para o âmbito da realização do direito a dialética, impulsionando novas elaborações doutrinárias em torno da lógica jurídica e da teoria da argumentação, como consequência da desconstrução do sistema lógico-dedutivo. Sugere o autor, ademais, que, para a abertura, em definitivo, daquele sistema jurídico de características formalistas positivistas, onde a aplicação da lei se realizava pelo modelo de simples subsunção, isso foi determinante⁴¹⁰.

Desde então, lembra Alexy, os juristas passaram a concordar que, em muitos casos, “a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros”⁴¹¹. A “imprecisão da linguagem do direito” e a “possibilidade de conflitos entre as normas” seriam dois dos motivos para isto.

Como, afinal, pode-se lidar com essa dificuldade que, materialmente, é da ordem do intransponível, é a questão que se coloca, então. Mas não em um contexto genérico; no

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32-33.

⁴¹⁰ MARRAFON, Marco Aurélio. *Heremênutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 102-103.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 19.

contexto do Estado Constitucional, de modo que, pautando-se as discussões pelos postulados que o caracterizam, o espectro de possibilidades argumentativas e decisórias fique, de algum modo, circunscrito.

2.1.1 A Relevância das noções de ordenamento e sistema jurídico para a fixação de limites interpretativos

Este é o lugar onde algumas das ideias de Ronald Dworkin e Hebert Hart se encontram no raciocínio que ora se desenvolve, a despeito de suas conhecidas discordâncias e de suas ideias se movimentarem em planos diferentes⁴¹².

Não há, propriamente, um ponto no qual as suas posições objetivamente convergem, de onde, então, extrai-se aportes para seguir uma ordem de continuidade linear. Para pensar as características do sistema constitucional e os limites da interpretação, no contexto de uma linguagem imprecisa, todavia, os dois autores, associadamente, oferecem valiosas diretrizes.

Concorda-se, neste aspecto, com Manuel Atienza, quando, depois de apontar o pragmatismo como o substrato final de qualquer teoria do Direito, afirma que a partir de um enfoque argumentativo do direito, pode-se tirar proveito de contribuições pertencentes a distintas tradições⁴¹³.

Tudo, nada obstante, parece depender de que se tenha por inarredáveis alguns pressupostos, dentre os quais o de que não há fórmula capaz de fechar o campo da interpretação e fornecer, com exclusividade e conclusivamente, a verdade de um texto. Sabe-se que sobre toda fundamentação jurídica ingerem elementos pré-reflexivos – que compõem a base ontológica do pensamento e subjazem à reflexão –, mas não se pode ter domínio sobre eles⁴¹⁴.

⁴¹² O pós-escrito à 2. edição do *Conceito de Direito* de Hart, editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, dá uma boa ideia sobre a magnitude dessas divergências (HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p. 299-339).

⁴¹³ O mesmo autor afirma que a teoria da argumentação tem funções teóricas, práticas e pedagógicas, as quais não poderiam ser satisfeitas se uma análise estrutural adequada do Direito fosse posta de lado – “se não se pressupõe, por exemplo, uma suficiente teoria dos enunciados jurídicos –; se não se toma em consideração a vinculação dos processos argumentativos ao comportamento dos juízes e outros operadores jurídicos; as relações entre o raciocínio propriamente jurídico e o de natureza moral e política – e, em geral, as relações entre o Direito e o mundo dos valores –; os limites (formais) do raciocínio jurídico; ou os elementos ideológicos e de poder que, como é evidente, se podem achar no Direito e no raciocínio jurídico” (ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 76-77).

⁴¹⁴ Neste sentido, apoiando-se principalmente em Heidegger e Gadamer, Marco Aurélio Marrafon, ao tratar da abertura hermenêutica e da imperatividade da aplicação sistemática a partir da ordem constitucional, como forma de pensar a decisão judicial sem recorrer a métodos positivistas de interpretação e sem perder, por outro lado, a dimensão normativa do fenômeno jurídico, sustenta que “[a] abertura hermenêutica ocorre porque a eliminação do caráter instrumental da linguagem, em prol de sua historicidade e centralidade operada com a guinada linguística, demonstra que a lógica-formal não fornece um acesso pleno ao sentido do ente (entendido como a própria estrutura

Em uma conjuntura como essa, seguindo a orientação de Hans-Georg Gadamer, “[o] que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias”⁴¹⁵. E isto vem, no entendimento do autor, de uma consciência hermenêutica que se apresenta receptiva à alteridade do texto, desde o princípio, não com “neutralidade” em face da coisa ou com uma anulação de si, “mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos”⁴¹⁶.

Na mesma toada, Romeu Felipe Bacellar Filho argumenta que “[a] honestidade científica impõe a assunção da postura segundo a qual o trabalho científico revela, denuncia o homem e seus valores, sua experiência de vida, visão de mundo e desejo de contribuir para a difusão e o aperfeiçoamento do direito na sociedade”⁴¹⁷.

Por certo, desses condicionamentos não é possível se livrar, mas isto não quer dizer que determinações ônticas não possam ser estabelecidas para cercar, na medida do possível, como verdadeiros *topoi*, a formação do sentido da coisa, no caso, do texto. Mais do que isto, desde a passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”, depende-se de tais determinações para conferir plena eficácia normativa à Constituição – agora sim conectada de

do sistema jurídico), de modo que a sua compreensão, ao não se completar somente pela metodologia analítica, nunca é unívoca e, portanto, depende de aspectos subjetivos da existência”. Reconhece, então, a “impossibilidade, na esteira existencial do *Dasein*, de o sujeito se livrar de sua pré-estrutura de compreensão ao se deparar com o texto”; e que “em toda a interpretação jurídica há uma inescapável determinação de aspectos individuais e subjetivos”. (MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 182-183).

⁴¹⁵ Precisamente no âmbito desta discussão é que Gadamer faz a célebre afirmação de que, quem quiser dizer algo sobre um texto, precisa estar disposto a deixar que ele lhe diga algo primeiro. Ele está, aqui, tratando das “opiniões prévias de conteúdo, com as quais lemos os textos e que constituem nossa pré-compreensão” e de como achar saída para elas; e, então, propõe uma abertura ao outro, mas não de forma a que as opiniões assumam forma arbitrária. Segundo ele, “[d]a mesma forma que não é possível manter muito tempo uma compreensão incorreta de um hábito lingüístico, sem que se destrua o sentido do todo, tampouco se podem manter, às cegas, as próprias opiniões prévias sobre as coisas, quando se compreende a opinião de outro. Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do opinável, isto é, daquilo em que um leitor pode encontrar sentido e, enquanto tal pode esperar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 404-405).

⁴¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 404-405.

⁴¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162.

forma indissociável à satisfação de direitos fundamentais – e garantir a própria manutenção do Estado Democrático de Direito ⁴¹⁸.

O plus normativo embutido nele, Lênio Streck diz decorrer, exatamente, desse liame com direitos fundamentais; e que se não trata apenas de uma outra categoria de Estado inserida na evolução histórica. Ele, o Estado Democrático de Direito, tal como indica o autor, representa a síntese das fases anteriores, com o acréscimo das condições de possibilidades de que se carecia para preencher as lacunas das fases anteriores, “representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade” ⁴¹⁹.

Daí que a estrutura normativa que o conforma carrega uma unidade valorativa, que se coloca como determinante fundamental para os juízos jurídicos. Não para viabilizar conclusões da ordem do verdadeiro ou falso, mas para fixar balizas e pontos de referências na argumentação, de modo a que o sentido do texto constitucional – ou seja, a própria norma – se revele, com a maior precisão possível.

Trata-se, nomeadamente, de uma estrutura que, assumindo formato de sistema, já não tem na Constituição a representação de um simples instrumento jurídico, mas uma potência normativa ⁴²⁰. Nesta dimensão, fala-se de um sistema constitucional que se coloca, seguindo Marco Aurélio Marraffon, “não como existente ‘em si’, ontologicamente, mas como uma projeção ôntica cujo sentido e significado estão vinculados a aspectos objetivos e formadores

⁴¹⁸ Nas precisas palavras de Manuel Atienza: “Por Estado constitucional, como é óbvio, não se entende simplesmente um Estado em que a Constituição (que pode não sê-lo em sentido formal: pode não existir um texto constitucional) contém: *a*) um princípio dinâmico do sistema jurídico político, ou seja a distribuição formal do poder entre os diversos órgãos estatais (vid. Aguiló, 2001); *b*) certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam (também quanto ao conteúdo) a produção, a interpretação e a aplicação do Direito, e *c*) mecanismos de Controlo da constitucionalidade das leis. Como consequência, o poder do legislador (e de qualquer órgão estatal) é um poder limitado e que tem que justificar-se de forma muito mais exigente. Não basta a referência à autoridade (ao órgão competente) e a certos procedimentos, mas exige-se também (sempre) um controlo em relação ao conteúdo. O Estado constitucional pressupõe assim um desenvolvimento no que tange à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior exigência de argumentação jurídica (do que a exigida pelo Estado legislativo de Direito). Na realidade, o ideal do Estado constitucional (o culminar do Estado de Direito) pressupõe a subordinação completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão, frente à razão da força” (ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 22-23).

⁴¹⁹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

⁴²⁰ Neste sentido, pautando-se em Luigi Ferrajoli, Romeu Felipe Bacellar Filho ensina que, “[a] Constituição desempenha um importante e inoldidável papel no sistema jurídico como programa político”, sendo que, dentre outras coisas, “atua como a utopia do direito positivo, contendo as prospectivas de transformação do próprio direito em direção ao caminho da igualdade nos direitos fundamentais” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161-162).

da ordem jurídica em determinado Estado Constitucional, quais sejam, elementos constituintes do sistema, regras de relacionamento entre os elementos constituintes e princípio fundante”⁴²¹.

Por conseguinte, o grau de qualidade da seleção das premissas de uma determinada decisão jurídica passa a ser, então, verificado em face da relação de consonância que estabelece com a racionalidade interna do sistema constitucional. Quanto mais estreita essa relação de consonância, maior a qualidade⁴²².

O sistema jurídico de regras primárias e secundárias concebido por Herbert Hart assume importância como uma referência, neste contexto. Ainda mais se o aplicador do direito, sob um ponto de vista interno⁴²³, puder incorporar as predisposições do juiz Hércules, de que fala Ronald Dworkin.

Aliás, com base no que salienta Katya Kozicki, isto parece não só ser possível, mas necessário. Segundo ela, no que toca ao aplicador do direito, não basta que assuma um ponto de vista interno. A interpretação operativa que ele realiza, enquanto “funcionário do sistema” e verdadeiro instrumento jurídico, exige mais do que isso. Exige, especificamente, “a aceitação das regras do sistema”⁴²⁴. O nível de comprometimento que a atividade decisória por ele desenvolvida reclama é o de um conhecimento com aceitação.

E essa aceitação, aparentemente, pode bem estabelecer uma relação de equivalência com o ideal interpretativo da integridade, de que trata Dworkin, ou redundar nele. Nas palavras do autor, os juízes que o aceitam “decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos”⁴²⁵. Fala-se diretamente sobre os juízes, mas a mesma lógica, certamente, serve ao legislador ordinário, em face da Constituição. E, nela se

⁴²¹ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 121.

⁴²² Neste sentido, ao falar de uma interpretação da Constituição que pretenda lhe conferir vida e realidade marcadamente axiológica, Juarez Freitas sustenta merecer acolhida a “tendência (sofisticada e fecunda) de uma síntese entre duas vertentes que, por muito tempo, foram diagnosticadas como inconciliavelmente opostas. Refiro-me [diz ele] à conciliação do pensamento sistemático e da metodologia tópica. A cada passo, vejo, com júbilo, o surgir de novos argumentos para robustecer a correta perspectiva filosófica de que a interpretação jurídica é um processo tópico-sistemático” (FREITAS, Juarez. *O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000).

⁴²³ Que corresponde àquele “dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que usam as regras como padrão para a apreciação do comportamento próprio e dos outros” (HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961. p. 108).

⁴²⁴ KOZICKI, Katya. *H.L.A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993, p. 70.

⁴²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305-306.

incluiria, “convicções sobre adequação e justificação”, as quais “vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”⁴²⁶, eliminando-se aquelas que, em outras circunstâncias, o aplicador poderia preferir, “de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais”⁴²⁷. Tem-se que a demarcação desse limiar pode até variar, mas que “quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”⁴²⁸.

Com efeito, tal como explicam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, referindo-se à proposta de Dworkin, “traçar uma moldura interpretativa do conteúdo dos direitos fundamentais como *numerus clausus*”⁴²⁹ é algo problemático “numa concepção principiológica da ordem constitucional”. A “integridade do direito” aparece, então, como um critério hermenêutico que se volta a distinguir, através de uma volta tanto para o passado quanto para o futuro, o que vem a ser “‘densificação’ e **descumprimento** dos princípios fundamentais, especialmente mediante a capacidade do intérprete de, no processo de densificação e concretização normativas, diante de uma situação concreta de aplicação, impor normas que se

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305-306.

⁴²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305-306.

⁴²⁸ Algo muito semelhante se extrai da lição de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, quando ele afirma que ela pode impor tarefas – a despeito de não realizar nada, por si –, bem como que pode se transformar em força ativa, se essas tarefas forem realizadas e “existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida”; e se, mesmo com “todos os questionamento e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”. Em suma, diz ele, “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19).

⁴²⁹ Os autores seguem dizendo o seguinte: “[m]esmo em um contexto de filosofia da linguagem, em que os supostos se assentam em termos discursivos e não mais em uma suposta estrutura da consciência humana, é o critério kantiano de legitimidade normativa, o imperativo categórico, a requerer como condição de validade da norma a sua universalidade, que continua a ser o critério basilar nos discursos de elaboração legislativa ou de justificação normativa, apenas que agora traduzido em termos discursivos: ‘legítimas são as normas passíveis de serem aceitas por todos os potenciais afetados’. Ainda que uma norma passe por esse crivo, isso não mais significa, por si só, que pretensões abusivas não possam ser levantadas em relação à sua aplicação aos casos concretos. Por isso mesmo, embora o uso abusivo e instrumental do direito seja sempre possível, encontramos hoje em condições de exigir, na prática, que pretensões desse tipo não mais possam encontrar guarida no Direito, reforçando a postura interna do cidadão que assume os seus direitos como condição de possibilidade da própria comunidade de princípios fundada no igual respeito e consideração devido a todos os seus membros” (CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110).

mostrem ‘adequadas’ a reger essa situação de modo a dar pleno curso ao Direito em sua integridade”⁴³⁰.

Dentre as regras de natureza secundária do sistema jurídico concebido por Hart estariam a(s) regra(s) de reconhecimento aptas a resolver as situações de incerteza, sendo que, quanto mais fontes de direito esse sistema congregar, mais complexa será a regra de reconhecimento e múltiplos os critérios para identificar o direito ⁴³¹. A questão pertinente à presente análise, neste ponto, diz com o fato de que, para ser alçada ao *status* de parte integrante do sistema, em termos de validade, uma determinada regra precisa passar pelo crivo dessa(s) regra(s) de reconhecimento⁴³².

A norma de reconhecimento que caracteriza os paradigmas **legislativo** e **constitucional**, segundo Luigi Ferrajoli, é a mesma: o **princípio da legalidade**. Mas, enquanto no primeiro, tinha-se, por ela, que a validade das normas estava atrelada, unicamente, à sua forma de produção; no segundo, mais do que a positivação das formas de produção legislativa, importam, para tanto, os limites e os “vínculos de substância impostos pelas normas constitucionais hierarquicamente superiores”⁴³³. Significa dizer que, agora, forma e substância

⁴³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110.

⁴³¹ Na doutrina de Hart, “enquanto as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável. (...) É evidente que só uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças e fixada num ambiente estável poderia viver com êxito em tal regime de regras oficiais [regras de primárias de obrigação ou dever]. Em quaisquer outras circunstâncias, uma tão simples forma de controlo social deverá revelar-se deficiente e exigirá um complemento de diferentes modos. Em primeiro lugar, as regras segundo as quais o grupo vive não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos. Nesta medida, as regras assemelhar-se-ão às nossas próprias regras de etiqueta. Daí que, se surgem dúvidas acerca de quais são as regras ou acerca do preciso âmbito de certa regra dada, não haja um processo para resolver esta dúvida, que por referência a um texto dotado de autoridade, quer a um funcionário cujas declarações sejam neste ponto dotadas de autoridade. Porque evidentemente tal processo de reconhecimento, quer do texto, que das pessoas dotadas de autoridade, envolve a existência de um tipo diferentes das regras de obrigação ou dever, que são *ex hypothesi* tudo o que o grupo tem. Este defeito da estrutura social simples de regras primárias pode ser designado com a sua incerteza” (HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p. 103-104),

⁴³² Na síntese de Katya Kozicki: “[e]m HART, a validade jurídica é consequência da conformidade da regra à regra de reconhecimento. Mais: é a conformidade que outorga à regra a condição de regra jurídica, retirando-a do vasto campo de meros hábitos de comportamento ou regras sociais e conferindo à conduta que ela impõe o ‘status’ de de obrigação jurídica (ou, por outro lado, de poder ou competência juridicamente reconhecidos)” KOZICKI, Katya. *H.L.A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993, p. 88-89).

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza; Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; André Karam

estão vinculadas, “enquanto condições de validade das normas produzidas, uma à conformidade e a outra à coerência ou compatibilidade com as normas constitucionais sobre a sua produção”⁴³⁴. Daí decorre que “as normas indevidamente produzidas ou não produzidas em conformidade com a constituição se configuram como vícios, ou seja, como antinomias ou como lacunas que necessitam ser removidas”⁴³⁵.

No contexto da hipótese em análise, a Constituição da República de 1988 aparecerá como a mais essencial regra de reconhecimento a determinar a validade de todas as demais regras do ordenamento. E ao que parece, a sua efetividade se correlaciona com a adoção de um ponto de vista interno, que reflita um compromisso com a integridade da comunidade de princípios que se encontra nele representada. Aqui, então, a linha de sentido incorporada à Constituição desempenharia, na interpretação, papel semelhante àquele protagonizado pelos fatos brutos da história na teoria de Dworkin. Afinal, se preconceções influirão de uma forma ou de outra, deste modo, ao menos, algumas vias para afirmação de posições solipsistas ficam bloqueadas.

Ao fim e ao cabo, como não se pode esperar que o aplicador opere com neutralidade ou que apresente resultados indubitáveis, é com as direções que não pode seguir que se deve preocupar, já que nem tudo lhe é autorizado. E, no que se refere à interpretação dos enunciados jurídicos, ainda que a reflexão já se abra sob o influxo de elementos irracionais, de uma análise lógico-estrutural que encontre ressonância na norma constitucional como regra de

Trindade; Hermes Zaneti Júnior; Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19-21. Cumpre mencionar que o Luigi Ferrajoli trabalha as suas ideias partindo de dois modelos distintos de ordenamento: um, denominado “nomostático”, que corresponde aos ordenamentos não positivados, cujas normas jurídicas se identificam com aquelas provindas da moral e dos costumes; e, outro, denominado “nomodinámico”, correspondente a “todos los ordenamientos de derecho positivo, cuyas normas jurídicas son formalmente reconocibles conforme al principio de legalidad, es decir, a su producción como efectos de actos normativos disciplinados a su vez por normas pertenecientes al mismo, hasta llegar a un acto originario o constituyente”. No primeiro deles, a norma de reconhecimento seria “una norma *institutiva*, o sea, una definición, normalmente inexpressa y necesariamente *sustancial*, del concepto de norma jurídica”; enquanto, no segundo, “a norma de reconocimiento es una norma *deóntica* de tipo *formal* o procedimental que identifica las fuentes de las normas jurídicas pertenecientes al mismo”. Então, referindo-se a essa segunda classe de ordenamento, aponta que “cuanto más complejos sean los ordenamientos tanto más numerosos serán los niveles normativos y las normas pertenecientes a cada uno de ellos”; e, que nos estados constitucionais de direito, particularmente, “las normas de reconocimiento serán metanormas de nivel constitucional, a las que quedarán subordinadas las normas de nivel legislativo y luego todas las introducidas por las leyes o por fuentes subordinadas a las leyes” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Carlos Bayón; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 432-433).

⁴³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Carlos Bayón; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 432-433.

⁴³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Carlos Bayón; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 432-433.

reconhecimento e padrão de integridade, depende a própria legitimidade do emprego daqueles poderes de que são munidos os agentes públicos para o desempenho da função administrativa.

Por isto é que o resgate da noção de ordenamento jurídico, como algo marcado por uma unidade e que constitui um sistema, acaba por ser providencial. Serve como uma bússola a guiar o raciocínio, seguindo-se a orientação de Norberto Bobbio, no sentido de que “sistema” corresponde a “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”⁴³⁶; e que é necessário, para que essa ordem exista, que “os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”⁴³⁷.

Visar não romper com essa relação de coerência dos entes que compõem o sistema já é um critério bem substancial a demarcar o campo de possibilidades do intérprete e colocá-lo em compasso com a linha de sentido que constitui esse sistema.

Agora, se a unidade sistemática costuma ser, ela mesma, antecipada; e somente se pode supor – e não atestar – em que medida uma determinada proposição se sustenta sistematicamente⁴³⁸, é imprescindível isolar e fixar como inarredáveis alguns marcos. Um deles haveria de ser o de que as premissas do axioma estatalista não servem como amparo para conjuntos argumentativos elaborados sob o paradigma do Estado Constitucional. Mesmo que se não tenha ao alcance o conhecimento do todo que compõe esse ou aquele paradigma, algumas escolhas sobre o que se não quer mais agasalhar, na passagem de um para outro, são acessíveis; e por elas, na medida do possível, pode-se descortinar a inconsistência, senão de todos, de alguns discursos meramente retóricos.

2.1.2 Discursos que encobrem excessos

Ao Estado, na atual conjuntura, não é dado se assegurar contra intempéries que possam refletir em impunidade inflacionando a produção legislativa e o *ius puniendi*. A ele cumpre, bem a contrário, manter-se garantidor dos direitos e garantias fundamentais, sejam quais forem as circunstâncias.

⁴³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

⁴³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

⁴³⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica de Jurisprudência*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 86-87.

Quando o objetivo era “manter a ordem” e afirmar a “autoridade do soberano”, o princípio da legalidade serviu para blindar o emprego desproporcional do poder repressivo, em termos de carga aflitiva. Agora, além de ter de servir ao propósito inverso – desvelar os excessos –, ela, a legalidade, conecta-se a um princípio fundante que deslegitima a atuação do Estado, quando movida por esses objetivos, qual seja, o da **dignidade da pessoa**.

No quadro de uma dinâmica punitiva impassível de ser qualificada como orgânica – porque caracterizada por imputações e sanções repetidas, competências concorrentes e autoridades que, em regra, não precisam atuar de forma integrada –, ter essa premissa presente é imprescindível para repelir discursos que invoquem Cesare Beccaria, com o propósito de amparar a tese de que a certeza da punição, admitida como instrumento de desestímulo à prática de atos ilícitos, exige e justifica que as coisas sejam e sigam sendo assim.

Por uma série de motivos, mesmo que se afigure hábil a atingir tal propósito, não se pode pretender alcançar a certeza da punição dessa forma. Ecoa, porém, o fato de que tal assertiva encontra respaldo até mesmo nas lições do próprio Beccaria. O campo de análise que se abre a partir delas é vasto, mas, no que dizem com esta concreta questão, algumas são especialmente emblemáticas.

É verdade que ele sustentou que “[u]m dos maiores freios dos delitos não é crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”. Atraiu a isto, nada obstante, como consequência, a “vigilância dos magistrados”; e disse que, para ser uma “virtude útil”, a “severidade de um juiz inexorável”, tem de ser acompanhada de uma “suave legislação”⁴³⁹. Em outros termos, o que Cesare Beccaria defendeu foi que, “[a] certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade; porque os males, mesmo os mínimos, quando são certos, atemorizam sempre os espíritos humanos”⁴⁴⁰, predicando a moderação ao acrescentar que, a esperança, sendo, em regra, “tudo para nós”, “afasta sempre a ideia de males maiores, acima de tudo quando a impunidade, que a avareza e a fraqueza não raro põem de acordo, aumenta a sua força”; e concluindo, em seguida, que “[a] própria atrocidade da pena faz com que se anseie tanto mais

⁴³⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 115. Trata-se de tradução da Edição de Harlem, Livorno, 1766, do original italiano *Dei Delitti e Delle Penne*. Em uma outra tradução, fala-se em “legislação branda” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87).

⁴⁴⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 115.

por evitá-la, quanto maior é o mal ao encontro do qual se vai; faz com que se cometam mais delitos, para se fugir da pena de um só”⁴⁴¹.

A necessidade de defender o depósito onde foram guardadas as liberdades sacrificadas ao bem de cada um, quando os homens, cansados de viver em estado de guerra e sob a incerteza da conservação de sua liberdade, uniram-se em sociedade, é o que fundamenta o direito que o soberano – legítimo depositário e administrador – tem de punir os delitos. Esta é premissa, nitidamente contratualista, da qual parte o autor, na obra *Dos Delitos e das Penas*⁴⁴². Mas não se trata de um sacrifício de liberdade irrestrito, senão da mínima parte possível, de modo que esse direito de punir se forma pela soma dessas partes mínimas; e “tudo o mais é abuso e não justiça; é facto, mas não é já direito”⁴⁴³, assim como são “injustas por natureza” todas as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, na visão dele⁴⁴⁴.

Em face disto, o autor sustenta que “uma pena que ultrapasse os limites fixados pela lei é igual à pena justa, mais uma outra pena”⁴⁴⁵; e que um magistrado não pode, por qualquer que seja o motivo – nem mesmo de zelo ou bem público– “aumentar a pena estabelecida para um cidadão delincente”. Além disto, diz que ainda que se verifique que a atrocidade das penas é apenas inútil – e não “imediatamente oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir delitos” –, só, por isto, já deve ser considerada contrária à justiça e à própria natureza do contrato social; e, ainda, “àquelas virtudes benéficas que são o efeito de uma razão

⁴⁴¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 115.

⁴⁴² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 63-65.

⁴⁴³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 65-66.

⁴⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 65-66.

⁴⁴⁵ Neste aspecto, cumpre lembrar que Cesare Beccaria entendia que os juizes não deveriam interpretar a lei – e que isso era possível –, além de dizer que não havia nada mais perigoso do que “aquele axioma comum que obriga a consultar o espírito da lei”, por corresponder a “uma brecha à torrente das opiniões”. Nas palavras dele, ainda, “[o]s nossos conhecimentos e todas as nossas ideias estão em estreita conexão; quanto mais complicados tanto mais numerosos os caminhos que a eles levam e deles partem. Cada homem tem o seu ponto de vista; cada homem, em diferentes momentos, tem um ponto de vista diversa. O espírito da lei seria pois o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou nociva digestão; dependeria da violência das suas paixões, da fraqueza de que sofre, das relações entre o juiz e o ofendido, e de todas aquelas forças mínimas que mudam a aparência de cada objecto no espírito flutuante do homem. Vemos assim a sorte de um cidadão mudar frequentes vezes ao passar por diferentes tribunais e as vidas dos fracos ficariam à mercê de falsos raciocínios ou do ocasional fermento dos humores de um juiz, que toma como legítima interpretação o vago resultado de toda uma confusa série de ideias que lhe agitam a mente” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 69).

iluminada”⁴⁴⁶, da qual se extrai ser preferível “dirigir homens felizes a um rebanho de escravos, onde circule perpetuamente tímida crueldade”⁴⁴⁷.

Outrossim, em desfavor daquele que, no seu entendimento, seria o precípua fim das penas – qual seja, prevenir os delitos – opõe outras duas consequências funestas que derivariam da crueldade. “A primeira é que não é tão fácil conservar a proporção essencial entre o delito e a pena, porque, embora uma engenhosa crueldade tenha feito variar muitíssimo as espécies, as penas no entanto não podem ir além desta última força pela qual está limitada a organização e a sensibilidade humana”⁴⁴⁸. Daí que, alcançado esse ponto extremo, não restaria para os delitos mais perigosos e atrozes penas severas o suficiente a desestimular a sua prática. A segunda, “é que a própria impunidade nasce da atrocidade dos suplícios”. E a explicação para isso, segundo Beccaria, está no fato de que “[o]s homens são fechados dentro de certos limites, tanto no bem como no mal, e um espetáculo demasiado atroz para a humanidade não pode ser senão um passageiro furor, mas nunca um sistema constante, como devem ser as leis; é que se verdadeiramente são cruéis, ou se alteram, ou a impunidade nasce fatalmente das próprias leis”⁴⁴⁹.

Não é de se ignorar que ele apresenta o “sentimento de compaixão” como o limite que deveria ser respeitado pelo legislador ao determinar o rigor das penas, crendo que, “na medida em que este começa a prevalecer sobre qualquer outro na alma dos espectadores de um suplício, mais feito para ele do que para o culpado”⁴⁵⁰. E que propõe, por outro lado, a substituição da

⁴⁴⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 66.

⁴⁴⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 67.

⁴⁴⁸ Antes, coloca que, “[p]ara que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito, e é neste excedente de mal que der ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria. Tudo o que é demais é, portanto, supérfluo, e por isso tirânico” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 116).

⁴⁴⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 116-117.

⁴⁵⁰ Coisa que, como se sabe, não gera grande garantia. Tanto é que, tal como relata Lynn Hunt, as campanhas pela abolição da tortura sancionada pelo estado e pela moderação nos castigos iniciadas na década de 1760, muito pela influência das ideias de Beccaria, contou com adeptos da estatura de Voltaire, sendo ele, precisamente, um bom exemplo de que “a elite educada, e até muitos dos reformadores, não compreendeu imediatamente a conexão entre a linguagem nascente dos direitos e a tortura e o castigo cruel”. Segundo Hunt, “Voltaire escarneceu do malogro da justiça no caso Calas [um julgamento do qual ela conta que ele participou, lendo “avidamente” a obra *Dos delitos e das Penas*, que havia sido publicada em 1764 e rapidamente traduzida para o francês e o inglês], mas não objetou originalmente ao fato de que o velho fora torturado ou supliciado na roda”. E ela, então, questiona: “[s]e a compaixão natural leva todo mundo a detestar a crueldade da tortura judicial, como Voltaire disse mais tarde, por que isso não era óbvio antes da década de 1760, nem mesmo para ele?”. Um pouco antes, corroborando o que já se discutiu, ela relata que “[a]s formas brutais de punição depois da condenação eram ubíquas na Europa e nas Américas”; que, “[e]mbora a *Bill of Rights* britânica de 1689 proibisse expressamente o castigo cruel, os juizes ainda sentenciavam os criminosos ao poste dos açoites, ao banco dos afogamentos, ao tronco, ao pelourinho, ao ferro de marcar, à execução por arrastamento e esquartejamento (desmembramento do corpo por meio de cavalos)

pena de morte pela escravidão perpétua, dizendo que “[n]ão é o terrível mas passageiro espetáculo da morte de um criminoso, mas o longo e penoso exemplo de um homem privado de liberdade que, tornado animal de carga, recompensa com as suas fadigas a sociedade que ofendeu, que é o freio mais forte contra os delitos”⁴⁵¹; que “a nossa coragem resiste mais à violência e às extremas mas passageiras dores do que ao tempo e ao tédio sem fim”⁴⁵²; e que “[c]om a pena de morte cada exemplo que se dá à nação pressupõe um delito”⁴⁵³, enquanto que, “na pena de escravidão perpétua um só delito oferece muitíssimos e duradouros exemplos”⁴⁵⁴, além da vantagem de que “assusta mais quem a vê do que quem a sofre”, já que “[o] exemplo constante daqueles que agora vê vítimas da sua própria imprudência causa-lhe a impressão bastante mais forte do que o espetáculo do suplício”⁴⁵⁵.

É, igualmente, inolvidável – e mesmo paradoxal – o fato de que Beccaria reprovava a tortura, se bem que mais pelo risco de assolar inocentes e se referindo à tortura física. Também que, tendo em consideração os delitos contra bens (e não contra a pessoa), aos quais entendia não ser aplicáveis penas corporais, dizia que a liberdade restava perdida “todas as vezes que em alguns casos o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*”⁴⁵⁶, com os alertas de que: “vereis, então, a diligência do poderoso toda empenhada a fazer sair da multidão de combinações civis aquelas que a lei proporciona em seu favor”⁴⁵⁷; e de que essa descoberta é “o segredo mágico que transforma os cidadãos em animais de carga, que nas mãos do poderoso é a cadeia com a qual liga as acções dos incautos e dos fracos”⁴⁵⁸. Com isto, a tirania de alguns governos que têm aparência de liberdade, mantém-se oculta, ou é introduzida, toma força e cresce, em um

ou, para as mulheres, arrastamento, esquartejamento e morte na fogueira”, concluindo que “[o] que constituía uma punição ‘cruel’ dependia claramente das expectativas culturais” (HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 77 e 80-81).

⁴⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 120.

⁴⁵² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 120-121

⁴⁵³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 121.

⁴⁵⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 122-123.

⁴⁵⁵ Neste ponto, ele salienta: “[a] quem disser que a escravidão perpétua é tão dolorosa quanto a morte, e por isso igualmente cruel, responderei que, somando todos os momentos infelizes da escravidão, sê-lo-á talvez ainda mais, mas estes momentos estendem-se sobre toda a vida, e aquela exercita toda a sua força em um só momento”. E disto diz decorrer a vantagem de assustar mais os que veem. (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 120-123).

⁴⁵⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 92-99. (Destaque no original)

⁴⁵⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

⁴⁵⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

lugar negligenciado pelo legislador, segundo ele. “Os homens, a maior parte das vezes, constroem as barragens mais firmes contra a tirania aberta, mas não vêem o insecto imperceptível que os rói e que abre um caminho tanto mais seguro quanto mais oculto para o rio devastador”⁴⁵⁹.

É visível como Beccaria admitia que a pessoa fosse instrumentalizada em alguns casos e para o atendimento de determinados fins – como ser escravizada perpetuamente para dar exemplo a outros, mesmo admitindo que, para ela, uma tal pena poderia ser até mais dolorosa e cruel do que a morte –; e em outros casos, não, chamando atenção para o risco de tirania a que isso levava.

A questão, portanto, parece ser – mesmo – de saber quais ressalvas devem mediar a leitura e o emprego dos seus apontamentos, em cada contexto específico, para que se consiga bloquear aproveitamentos aleatórios e como subterfúgio.

A certeza da punição, no âmbito do Estado Constitucional, não é fim que justifique a instrumentalização da pessoa, nem mesmo para combater a impunidade. Nem a pena de morte, nem a escravidão perpétua, nem qualquer outra forma de suplício (físico ou moral) que se preste a impressionar e amedrontar – ou só reduzir o risco de que a reparação do dano decorrente do ilícito não aconteça, pela intempestividade ou inépcia das autoridades competentes ou por qualquer outra razão –, pode ser o meio do Estado de proteger o depósito de liberdades que lhe foi confiado com o pacto social, num estágio em que a pessoa, individualmente considerada, acha-se, realmente, no centro da ordem jurídica.

2.2 A CENTRALIDADE DA PESSOA COMO PRINCÍPIO REITOR DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aceitando-se, como vetor, a lógica de um ordenamento jurídico que remete a algo unitário; e que assim se caracteriza por demarcar o campo de legitimidade e validade das normas que o integram a partir de limites materiais (conteúdo) e formais (forma), em uma

⁴⁵⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 92-99. Em outra tradução: “Não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas, circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa. Vereis, então, o poderoso concentrar toda sua habilidade para extrair da multiplicidade das combinações civis as que a lei dispõe a seu favor. Tal descoberta é o segredo mágico que transforma os cidadãos em bestas de carga, que, nas mãos do forte, é a corrente que inibe as ações dos incautos e dos fracos. Por esse motivo, em alguns governos que têm toda a aparência de liberdade, a tirania esconde-se ou infiltra-se despercebida, em algum ângulo descuidado pelo legislador, ali tomando força e crescendo. Os homens erguem, na maioria dos casos, barreiras as mais sólidas à tirania declarada, mas não enxergam o insecto imperceptível que os devora, e abrem, ao rio indundador, caminho tanto mais seguro quanto mais oculto” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73).

dinâmica escalonada, tem-se que se haverá de reconhecer um ponto de referência último. Da posição inferior para a superior, degrau a degrau, todas as normas haverão de ser reconduzidas a uma outra mais importante, em termos de posição hierárquica. Chega-se à Constituição⁴⁶⁰.

E alcançado um estágio no qual ela já não pode ser mero instrumento formal ou algo passível de simples interpretação literal, cumpre recolher e reunir – na medida do possível – aquilo que já se tem por consolidado acerca do seu significado, de modo a tentar apreender a que se propõe, materialmente. Dentre outras coisas, porque a direção a se atribuir à interpretação deve tomar em conta um contexto concreto e as contingências que lhe são próprias.

Na linha do que se vem elaborando, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti lembram que já passou bastante tempo desde que se percebeu que os textos constitucionais, sozinhos, pouco ou nada significam, de modo a “[a] crença em que a simples literalidade do texto constitucional dispensaria intérpretes e que seria algo capaz de, por si só, determinar o sucesso ou o fracasso da vida institucional de um povo é por demais simplória”⁴⁶¹, havendo de ser reconhecer que “[o] problema dos textos é, e sempre será o de qual aplicação somos capazes de dar a eles”⁴⁶².

⁴⁶⁰ “A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. (...) É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54). Neste mesmo sentido, adotando a doutrina de Kelsen – mas afastando a teoria da *Gründnorm*, porque prescindível, no seu ponto de vista –, José Afonso da Silva sustenta que “a ordem jurídica será aquele complexo de normas que, enlaçadas por uma relação de *fundamentação* ou *derivação*, constituem uma *estrutura normativa* específica. Se dermos ênfase estruturalista ao conceito, poderemos conceber a ordem jurídica como *reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária*. Essa relação de fundamentação deriva da circunstância de que uma norma é *válida* quando é *criada* de acordo com o *procedimento* previsto em outra de grau superior, o que traz duas consequências importantes: *a*) a exigência de *compatibilidade* entre as normas pertencentes à mesma ordem jurídica; *b*) a exigência de uma norma superior suprema que fundamente a validade de todas as outras. Nessa “estrutura escalonada de ordenação”, “o princípio da compatibilidade vertical entronca com o conceito de supremacia das normas constitucionais”, sendo a constituição “o conjunto de normas fundantes de todas as demais que pertencem à ordem jurídica, e estas são as *normas fundadas* em relação à constituição. Esta coloca-se, pois, no vértice da ordem jurídica, a que confere validade, mas também é parte dessa mesma ordem jurídica, que informa com seus princípios e regras” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 212-213). (Destaque no original)

⁴⁶¹ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110.

⁴⁶² CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110.

Ainda com os mesmos autores, tem-se que “qualquer direito, inclusive os clássicos direitos individuais, só pode ser compreendido adequadamente como parte de um ordenamento complexo”⁴⁶³, mesmo quando o texto seja silente.

E a referência concreta de ordenamento complexo ao qual o texto precisa se adequar – de modo a se integrar à sua unidade –, na hipótese, é aquele que se forma em torno da Constituição brasileira de 1988. Dela emana o fundamento de validade material e formal do sistema, portanto; e o que traz de mais distintivo e peculiar é uma evocação aos direitos fundamentais, como significante necessário⁴⁶⁴. No paradigma da democracia constitucional, eles (os direitos fundamentais) devem funcionar como “parâmetro de (des)legitimação dos Estados”⁴⁶⁵.

Por conseguinte, a “aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional* de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. E somente assim se dá *força normativa à Constituição*”⁴⁶⁶. Daí decorre, ademais, uma “necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização”⁴⁶⁷.

Tal como ressalva Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “[s]endo rica a produção normativa, é da índole democrática a inexistência de unanimidade”⁴⁶⁸. É, porém,

⁴⁶³ “Toda nossa experiência histórica acumulada, o aprendizado duramente vivido desde o alvorecer da Modernidade não mais nos permite reforçar a crença ingênua, por exemplo, de que os direitos “de primeira geração”, originalmente afirmados no marco do paradigma constitucional liberal como egoísmos anteriores à vida social, ainda possam ser validamente compreendidos como simples limites à ação, enfocados da pura perspectiva externa do observador” (CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110.

⁴⁶⁴ E isto, conforme ensina Daniel Wunder Hachem, a partir de uma “compreensão ampliada da configuração jurídica dos direitos fundamentais”; algo que corresponde a “uma das transformações que a teoria constitucional vivenciou no século XX”; e “acompanha a transição paradigmática do perfil liberal do Estado de Direito para o modelo social e democrático” (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 209).

⁴⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87. (Destaque no original)

⁴⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87. (Destaque no original)

⁴⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93. (Destaque no original) No mesmo sentido, embora tratando mais especificamente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (interesses supraindividuais), Daniel Wunder Hachem defende que o Direito exhibe, nesse novo paradigma, uma dupla função, composta de um “binômio inseparável”: proteção e realização” (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 209).

⁴⁶⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2, p. 235.

imprescindível, segundo o autor, “um mínimo ‘acordo’ na linguagem”, “para se encontrar alguma solução possível”, decorrendo dos princípios constitucionais, a “condição de possibilidade de um espaço democrático”⁴⁶⁹.

Daí que o fundamento epistêmico do sistema, de onde partirão as cadeias de significantes, precisa se conectar com esses princípios, para que as práticas jurídicas e sociais conduzam à simultânea preservação e realização dos direitos fundamentais, materialmente; e se sustente, então, o espaço democrático.

Agora, se o manejo da linguagem permite, concretamente, produzir normas mais condizentes com um outro fundamento epistêmico, que não aquele que deve operar dentro desse espaço, é preciso perceber a deficiência do fundamento, para reconhecer, depois, a incompatibilidade das cadeias de significantes que dele possam se originar. Mesmo porque a lei, incluída a Constituição, é o fundamento jurídico, mas não a base em si. Há, para além, o fundamento do fundamento⁴⁷⁰. E se a essência dela (da Constituição) não é acessível – porque, ela mesma, linguagem e, nesta condição, sujeita a equivocidade –, a saída é se apegar ao princípio unificador que liga os elementos do sistema, para não deixar que se diga, desde o seu ponto de vista, o indizível⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2, p. 237.

⁴⁷⁰ Tratando diretamente da Constituição portuguesa de 1976, mas com considerações que se compatibilizam com a realidade da Constituição brasileira de 1988, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que há “uma unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada no domínio dos direitos fundamentais”, da qual decorre a “possibilidade de uma construção normativa coerente, capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respectivos”, sendo que, nesta perspectiva, pode-se dizer que “os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem”. Mas essa ordem ou sistema se estrutura com referência a um princípio, o qual lhe dá fundamento. “Não representa, por isso, uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistêmica, mas sim uma unidade axiológica-normativa, uma unidade de sentido cultural, como é próprio da unidade de um (sub-) sistema jurídico”. Por outro lado, conforme explica o autor, os “preceitos relativos aos direitos fundamentais, ao constituírem posições jurídicas subjectivas, exprimem *também* o reconhecimento e a garantia de um conjunto de *bens e valores* que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais respectivos”; e “esses bens e valores não se amontoam nem pura e simplesmente se somam, ainda que apareçam espalhados por múltiplas normas concretas. Há ou tem que haver uma qualquer ordem entre eles, uma qualquer unidade que dê coerência e sentido a essa *cultura constitucional*. A unidade política fundamental não pode *constituir-se* se não tiver um significado material, uma razão-de-ser, nem poderá subsistir se não tiver uma razão-de-dever-ser-*assim*. A vida dos homens em sociedades não suporta uma qualquer organização de sentido que por puros factos de poder, exige uma ordenação de sentido que corresponda a um entendimento geral do mundo e das coisas, ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações. A Constituição de uma sociedade política só o é, pois, verdadeiramente, só terá força constituinte, se representar esse entendimento (ou consenso) e aquela unidade” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 106-107).

⁴⁷¹ Na linha do que ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, embora em outro contexto – quando explica a razão de o Direito Processual Penal ser trabalhado dentro dos sistemas (inquisitivo e dispositivo) –, tem-se que esta questão diz com a base filosófica, a qual “era ligada à essência das coisas nos gregos (e a verdade, como questão elementar), além da impossibilidade dela (como essência/verdade) ser pensada como um conjunto, em face de se reclamar a unidade”. O autor parte, citando Slavoj Žižek, do pressuposto de que nunca é possível, no nível do conhecimento positivo, ter certeza de que se conseguiu atingir a verdade; e que, interminavelmente, só se

É a centralidade da pessoa o que, decisivamente, marca o sistema constitucional democrático (como princípio unificador)⁴⁷², com a característica de serem os seus direitos inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Esses direitos (fundamentais) formarão, neste cenário, “a esfera do *indecidível*”⁴⁷³, todavia, não de maneira que os seus preceitos se justifiquem isoladamente e pela proteção de bens jurídicos avulsos. Ao contrário, eles “só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus actos e atributos”⁴⁷⁴, usando-se as palavras de José Carlos Vieira de Andrade.

Pensando a partir da construção que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴⁷⁵ desenvolve a respeito da *ação eficiente* (Hayek), como fundamento epistêmico desencadeador de cadeias de significantes próprias, a culminar na legitimação de um discurso fundante específico, ligado, igualmente, a interesses específicos (“[d]o *homo faber* fomos ao *homo economicus*, mas a inevitável ganância [resultado da competição perversa] tende a descartar também alguns ‘consumidores’ porque interessa ao *downsizing* ou *degrassé* [como dizem os franceses]: pelo enxugamento da máquina têm alguns que pagar, não importa quem nem por

consegue aproximar dela, dado que, em última análise, a linguagem é sempre autorreferencial. Nada obstante, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que com Immanuel Kant se achou um “modo de dar conta do conjunto/sistema, ligando os elementos a partir de um princípio unificador ou reitor ou fundante” (o que Kant chamou por “ideia única”). Uma vez que, como ele afirma, a questão da “verdade” “está umbilicalmente ligada à limitação gerada pela lei”, pode-se até tentar pensar outras formas de lidar com as implicações inatas da linguagem, mas a noção de sistema apresentada por Kant foi – e permanece – importante, dentre outras coisas, porque “não ter verdade” não quer dizer “que se não tenha nada lá”; e “ancorar tudo na lei (mesmo que seja a Constituição) é ou pode ser se render ao poder. Seria mais ou menos dizer que daqui para frente o ‘sistema democrático é aquele ditado pelo STF ou, no extremo e dependendo do caso, por seu presidente. Assim, se hoje alguém que interprete diz algo que não podia (ou não devia), mas diz, invoca-se, desde o ‘lugar’ do fundamento do fundamento, a impossibilidade dele dizer, por exemplo, qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas se esse ‘lugar’ é o da lei, quando ele diz, está dito, porque a lei diz o que ele diz que ela diz” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 63-78)

⁴⁷² Ingo Wolfgang Sarlet aponta, neste sentido, que o nosso constitucionalismo, caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissório, elevou a “dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito”, sendo que, a despeito desse conteúdo compromissório, a Constituição “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Segundo o mesmo autor, “assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional”. Por outro lado, aponta que “[t]al função da dignidade da pessoa humana, contudo (critério material de legitimidade da ordem constitucional) já decorre de sua condição de princípio fundamental na sua dimensão objetiva, que, embora também opere como referencial para os direitos e garantias fundamentais, com esses não necessariamente se confunde” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 95-97).

⁴⁷³ ROSA, Alexandre Morais. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90. (Destaque no original)

⁴⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 101.

⁴⁷⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2.

quê”⁴⁷⁶), tem-se que, se as práticas jurídicas não estiverem lastreadas, materialmente, em um fundamento epistêmico condizente com os direitos fundamentais – com a tutela aos direitos humanos na máxima extensão –, padece o próprio Estado Democrático de Direito e, com ele, o sistema constitucional, porque vulnerada a sua base de sustentação.

Ao permitir que tenham vazão significantes derivados do fundamento epistêmico de um outro paradigma, por melhor aparência de compatibilidade que a retórica lhes possa atribuir, outra direção é tomada. Sempre com chance de sacrifício aos valores que, dentro dessa outra racionalidade, não sejam prioritários, vez que a “esfera do *indecidível*” será outra.

Se é assim, empregando as palavras de Edihermes Marques Coelho, “o garantismo apresenta-se como referência jurídica adequada e necessária para o condicionamento valorativo da produção do conhecimento jurídico e para a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos, por apresentar os mecanismos interpretativos adequados à proteção e à efetivação – ao menos no plano jurídico – dos direitos humanos”⁴⁷⁷.

Eis a matriz que se alinha a um paradigma caracterizado por uma compreensão ampliada da configuração jurídica dos direitos fundamentais.

2.2.1 A Matriz garantista da Constituição de 1988

Para a teoria garantista, na medida em que se ligam à democracia material – razão por que, aliás, não podem ser violados nem que a maioria queira –, os direitos escolhidos para figurarem na Constituição, a começar pelos direitos humanos, permitem a ela o resgate do *status* de documento constituinte da sociedade. E esse resgate vem da própria “necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2, p. 225.

⁴⁷⁷ COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o Garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003, p. 158.

⁴⁷⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15. E no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, “embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição brasileira, que nem sempre todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais, quando for o caso, é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada e (possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais (...) (SARLET, Ingo Wolfgang.

Neste sentido, o que a teoria garantista fornece, desde as lições de Luigi Ferrajoli, é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, que se não limita ao âmbito do direito penal, mas que é passível de ser adotada como: (i) modelo normativo de direito; (ii) teoria jurídica; e (iii) filosofia política⁴⁷⁹.

Enquanto designativo de uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”, o garantismo “põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas)”, consolidando, propriamente, uma “*teoria da divergência* entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”, que tem como foco o “funcionamento efetivo do ordenamento”⁴⁸⁰.

Sob esta base, ela vai operar “como doutrina de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação *interna* do direito penal” – o que se toma por extensível às demais manifestações punitivas do Estado, como o próprio autor propõe –, demandando dos operadores do direito “uma constante tensão *crítica* sobre as leis vigentes”, entre dois pontos de vista, tanto no que se refere à atividade de aplicação quanto de explicação, sendo eles: “o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido”; e “o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo”⁴⁸¹.

Por outro lado, segundo Ferrajoli, esse exercício crítico se faz a partir de uma perspectiva interna, científica e jurídica – e não externa, política ou metajurídica –, uma vez que “assume como universo do discurso jurídico o inteiro direito positivo vigente, não lhe obliterando as antinomias mas evidenciando-as e, assim, retirando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo”. E, em contraposição às imagens edificantes dos sistemas jurídicos erigidos sobre

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

⁴⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁴⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-686.

representações próprias do juspositivismo⁴⁸², valoriza-se “a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica”⁴⁸³.

Não que com isso se entenda possível bloquear a ingerência de fatores irracionais sobre o processo de tomada de decisão. A tese de Ferrajoli não tem essa pretensão. Diversamente, parte do pressuposto, de que “[a]penas o reconhecimento da divergência – insuperável porque ligada à estrutura deôntica das normas – entre normatividade e efetividade permite, precisamente, impostar análises dos fenômenos jurídicos, evitando a dúplice falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos”⁴⁸⁴.

No que toca à primeira das aplicações que ele pode ter – como modelo normativo de direito –, diz o autor italiano que o “‘garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o *Estado de direito*’”⁴⁸⁵, mas não um qualquer. Refere-se aos Estados constitucionais, particularmente, aos que possuem Constituições rígidas, “os quais incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais, ao exercício de qualquer poder”; e, por isto, são “sinônimo de ‘garantismo’”. Ou seja, não se trata dos “Estados legais”, mas dos Estados que se caracterizam, no “plano substancial da funcionalização do Estado”, pela “garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações

⁴⁸² Por onde, como coloca Ferrajoli, em geral, confirmam-se “comportamentos dogmáticos acrílicos e contemplativos no que diz respeito ao direito positivo”, sugere-se ao jurista cubra ou enquadre as antinomias, ao invés de explicitá-las e denunciá-las, sendo que “assim o é mais ainda na cultura jurídica e no senso comum, onde prevalece frequentemente o obséquio ao direito vigente, qualquer que seja, e aos seus modos mesmo ilegais de funcionamento prático” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 685).

⁴⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

⁴⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

⁴⁸⁵ Neste ponto, Ferrajoli ressalta que: “‘Estado de direito’ é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta a Platão e Aristóteles, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687). (Destaque no original)

de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária”⁴⁸⁶.

Em suma, significa dizer que, não basta que uma norma exista e vigore, formalmente, para ser reconhecida como inteiramente legítima (o que se conecta apenas com “*quem* pode e *como* se deve decidir”). Para isto, ela precisa ser válida do ponto de vista substancial, ou seja, precisa estar alinhada, dentro do sistema jurídico, com “*o que* se deve ou não se deve decidir”⁴⁸⁷.

Com Ferrajoli, tem-se que “[a] primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobretudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão”⁴⁸⁸. Mais do que isto: no contexto de um Estado de direito onde limites substanciais aos poderes públicos respondem pela garantia dos direitos fundamentais, nem por unanimidade se pode “decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, (...) que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares”⁴⁸⁹. Da garantia desses direitos depende a convivência pacífica; e é com fixação dos deveres públicos correspondentes que eles tornam “direitos positivos invioláveis, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto, mas limitado e condicionado”⁴⁹⁰.

Nesta dimensão, os direitos, tanto de liberdade quanto sociais, limitam o poder estatal porque, efetivamente, determinam o seu conteúdo.

2.2.2 A Constituição da República de 1988 como fundamento de validade

Por outro lado, ao dar corpo a esses direitos que limitam o poder estatal, a Constituição conforma o modelo de sociedade mais apta a espelhar a opção política que eles representam. E

⁴⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687-688.

⁴⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689.

⁴⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689-690.

⁴⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689-690.

⁴⁹⁰ Ainda, segundo Ferrajoli, “[o] denominado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófica-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e o cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689-690).

é o respeito a essa escolha – que se não verificará jamais se desvinculado do princípio reitor do sistema erigido – que obriga não permitir que um fundamento epistêmico desconexo baseie as decisões estatais no bojo do sistema jurídico que ela constitui.

O processo, em matéria sancionatória, é o limitador por excelência do poder punitivo estatal. Ele representa algo por demais substancial – da ordem do epistemológico – no âmbito de um Estado Constitucional Democrático, que é a inaplicabilidade daquela máxima associável à ideia que Maquiavel fazia de estabilidade política, no sentido de que os fins justificam os meios⁴⁹¹.

Os direitos e os princípios constitucionais que caracterizam esse tipo específico de Estado condicionam a atividade dos agentes públicos, inclusive – e sobretudo –, na eleição dos meios a serem empregados para perseguir quaisquer que sejam os fins. Isto, para formação do significado daquilo que se chama por “devido processo legal”, é determinante⁴⁹².

⁴⁹¹ Nicolau Maquiavel não chegou a converter, textualmente, qualquer das reflexões políticas trabalhadas em *O Príncipe* nessa máxima. Porém, quando trata “Dos principados novos que se conquistam com as armas e a fortuna de outrem”, referindo-se ao modo como César Bórgia fez para conservar o poder – que conquistou pela fortuna do pai, Alexandre VI –, dizendo desconhecer “preceitos melhores para dar a um princípio novo do que os exemplos de suas ações”, é o que deixa entender. Além de que destacar o fato de que ele, César Bórgia, “recorreu à fraude”, dissimulando seu ânimo, para não provocar abertamente aqueles que tinha como adversários, enfatiza – e enaltece (“[s]endo este ponto digno de ser conhecido e imitado por outros”) – a estratégia levada a efeito através e ao mesmo tempo contra Rimirro de Orco. Eis o relato de Maquiavel: “Tendo-se apoderado da Romanha e encontrando-a sob o comando de senhores sem poder, que mais espoliavam seus súditos do que os corrigiam e lhes davam motivos mais para desunião do que para união, tanto que a província estava repleta de latrocínios, contendas e todas as formas possíveis de insolência, julgou o duque necessário, para pacificá-la e reduzi-la à obediência ao braço régio, dar-lhe bom governo. Colocou ali, então, *messer* Rimirro de Orco, homem cruel e expedito, a quem conferiu plenos poderes. Em pouco tempo, Orco a pacificou e uniu com grande reputação. Em seguida, o duque julgou desnecessária tão excessiva autoridade, pois considerava que ela poderia se tornar odiosa, e propôs a instalação de um tribunal civil na província, com um presidente excelente e onde todas as cidades teriam um advogado próprio. Como sabia que os rigores passados haviam gerado certo ódio contra ele, para purgar os ânimos do povo e ganhá-lo para si, quis mostrar que, se ocorrera alguma crueldade, ela não se originava dele, mas da natureza dura do ministro. Aproveitando-se de uma ocasião, certa manhã em Cesena mandou que o expusessem em praça pública, cortado em duas partes, tendo ao lado um bastão de madeira e uma faca ensanguentada. A ferocidade daquele espetáculo fez o povo ficar, ao mesmo tempo, satisfeito e estupefato”. No ponto em trata “Da crueldade e da piedade e se é melhor ser amado que temido ou melhor ser temido que amado”, Maquiavel ainda afirma que, “todo príncipe deve desejar ser considerado piedoso, e não cruel; entretanto, deve cuidar para não usar mal essa piedade. César Bórgia era tido como cruel; no entanto, com sua crueldade restaurou a Romanha, reunificou-a e restituiu-lhe a paz e a fé, o que, bem considerado, evidenciará que ele foi muito mais piedoso do que o povo florentino, que, para escapar à fama de cruel, permitiu a destruição de Pistoia. Um príncipe deverá, portanto, não se preocupar com a infâmia de cruel para manter seus súditos unidos e fiéis. Pois, com pouquíssimos exemplos, por excessiva piedade, deixam seguir as desordens, das quais resultam assassinios e rapinas; porque estes costumam ofender uma universalidade inteira, enquanto as execuções vindas do príncipe ofendem apenas um particular” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 29-37 e 81).

⁴⁹² Tal como aponta Ingo Wolfgang Sarlet, o “conjunto de direitos e garantias fundamentais” composto pelos “direitos e garantias processuais, com destaque para a dupla dimensão formal e material do direito-garantia mais significativo nesse contexto, qual seja, o devido processo legal”, “guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana”. Isto não quer dizer, segundo ele, que “toda e qualquer regra procedimental guarde relação com a dignidade da pessoa humana, mas sim, que ela implica, por meio da adequada interpretação dos direitos e garantias fundamentais, a consideração do indivíduo como sujeito e não mero objeto do processo, além de demonstrar que

Mesmo porque, eficiência, numa conjuntura como esta – e na condição de princípio erigido pela Constituição, na forma do art. 37, da Constituição da República brasileira –, usando as palavras de Emerson Gabardo, “implica não só a obtenção do resultado almejado, mas que ele seja alcançado da melhor forma possível”⁴⁹³. Além do que, segundo ele, “desde que a interpretação jurídica realizada tenha origem no sistema constitucional do Estado Social”, não é utopia “a exigência de harmonização entre eficiência e garantismo”, mas uma imbricação necessária.

Seguindo, ainda, a linha de raciocínio do mesmo autor, tem-se que há um liame entre a “função de garantia” e a “função de eficiência” exercidas pela Administração – a inspirar tanto o administrador, quanto o juiz, assim como a qualquer agente público –, o qual se consubstancia, exatamente, pela satisfação dos valores constitucionais. A necessidade de que a organização estatal seja estruturada em vista da função a que se propõe; que haja definição clara das próprias funções, porque “produz maior senso de unidade e maior coordenação”; e unidade de comando, para que se saiba quem é a autoridade final, bem como a responsabilidade inerente ao exercício de cada função, por exemplo, são alguns dos pressupostos de uma organização pública eficiente, segundo ele⁴⁹⁴.

Ademais, quando relacionado com as ideias de bom andamento e de boa administração, o conceito de eficiência, indeterminado que é, assume – ele, em si – a pessoa e os seus direitos fundamentais como o centro do sistema; e compreende “o próprio bom senso na definição de objetivos e na programação, além da busca pela maior responsabilização, coordenação e especialização funcionais (questão estrutural); tudo tendo-se em vista a dignidade da pessoa humana”, nas palavras de Emerson Gabardo⁴⁹⁵.

os principais direitos e garantias processuais tem um conteúdo em dignidade e nela encontram o seu fundamento e sua justificação, o que deve ser devidamente levado em conta quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais e por ocasião do exame da constitucionalidade de medidas restritivas” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 145-147).

⁴⁹³ GABARDO, Emerson. Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 191-207.

⁴⁹⁴ Emerson Gabardo trabalha, neste ponto, a partir de lições de Joseph P. Harris; e não está se referindo, diretamente, ao poder punitivo estatal, mas a mesma lógica serve para qualquer atividade desempenhada por agente investido na função administrativa, seja ela executiva, legislativa ou judicativa (GABARDO, Emerson. Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 191-207).

⁴⁹⁵ Sem o intuito de aprofundar o tema, cumpre, nada obstante, referir, conforme explica Emerson Gabardo, que os princípios do bom andamento e da boa administração foram consagrados, respectivamente, pelas doutrinas italiana e espanhola, sendo que a eficiência compreende ambos, na visão dele; e “representa a formalização jurídica de um interesse público geral definido politicamente e que é retroalimentado pela existência de uma estrutura

Daí ser premente a conclusão de que selecionar os meios a serem empregados, com respeito aos postulados que lhe caracterizam, é, em si, um dos fins do Estado Constitucional. Trata-se, aliás, de um dos seus traços distintivos.

Em termos gerais, tal como ensina J. J. Gomes Canotilho, “a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição”⁴⁹⁶. Significa dizer que, quanto mais houver dessa conformidade, mais se terá eficiência.

A questão é que ela não concilia com propósitos que lhe são estranhos (tais como “manter os súditos unidos e fiéis”, “proteger o soberano contra hostilidades”, dentre outros). Liga-se, estritamente, com as normas constitucionais que formam o Estado Democrático de Direito. E para que possa ser verificada, materialmente, é imprescindível que a análise não seja fragmentada.

Se alguma coisa, em termos punitivos, é inadmissível na esfera do direito penal, não é levando para uma outra esfera que a inconformidade que ela carrega será superada. Igualmente, se o limite da severidade de uma determinada sanção já não puder ser extrapolado em uma determinada esfera, não é replicando a sanção em um outra que o excesso se fará conforme.

Só pela via de um discurso de relativização de regras e princípios, constitucionalmente desautorizado, algo assim é concebível. E ele serve, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “ao ‘deus’ da repressão a qualquer custo” e àqueles que se julgam “responsáveis” pela “limpeza do país do mal do crime e dos criminosos”, passando ao largo de uma Constituição que, ao revés, almejou “submeter todos às ‘regras do jogo’, mormente os juízes, justo porque a eles foi dada a missão primeira de garantia da CR (a começar pelas *liberdades públicas*) e dos cidadãos, daí decorrendo, dentre outras coisas, a ideia de ser ela contra-majoritária”⁴⁹⁷.

pública organizacional. Interesse público que deve ser pautado pelos direitos fundamentais (...)” (GABARDO, Emerson. Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 191-207). Celso Antônio Bandeira de Mello, mais ou menos no sentido, afirma que o princípio da eficiência é uma faceta do princípio da boa administração, o qual demanda seja a atividade administrativa desenvolvida da forma mais congruente, oportuna e adequada aos fins a que se destina, em vista, precisamente, da idoneidade da escolha dos meios e ocasião de utilizá-los (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 126).

⁴⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 956.

⁴⁹⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 191-196.

Com o mesmo autor, tem-se que o emprego de um tal discurso, para ampliar a ingerência do Estado sobre a esfera de direitos do cidadão, é uma fraude. Ao Estado incumbe produzir e aplicar as leis, a começar pela Constituição; e, nesta dimensão, diz ele, “submete-se a elas no sentido de que, nelas, vai expresso sua missão de garantidor do cidadão. Afinal, aí não só se delimitam os direitos fundamentais – e seus conseqüentes –, na sua mais larga extensão como, também (e por óbvio), o espaço limitado onde o Estado pode penetrar nesses direitos, justo para não se permitir *nenhum* passo adiante daquele demarcado”⁴⁹⁸.

A lógica é, portanto, a seguinte: “a regra é o Estado proteger a vida na sua totalidade, pois veio para tanto. Mas não é possível matar? Sim, mas tão-só no espaço estritamente fixado pela Constituição, justo por ser – como se percebe – a exceção”⁴⁹⁹. Daí que “as exceções (necessariamente) abertas à inviolabilidade dos direitos fundamentais e seus conseqüentes, dentro dos limites que têm (ou são), não admitem, em nome de nada e de ninguém, qualquer violação, o que se dá com a extensão da interpretação”⁵⁰⁰. Eis o lugar onde fala alto aquele ínsito dever de proibição que obriga a todos os agentes públicos, no que se refere, especificamente, às autoridades que empregam poder repressivo.

Referindo-se, diretamente, ao direito penal, mas a partir de postulados aplicáveis a qualquer meio provido de caráter sancionador, Santiago Mir Puig⁵⁰¹ oferece aportes pertinentes que ajudam a seguir nessa ordem de ideias – para lhe dar concretude, em alguma medida –, quando trata dos limites dos *ius puniendi* em um Estado social e democrático.

Dentre as premissas que ele utiliza, destacam-se as de que “os interesses sociais que por sua importância merecem a proteção do Direito são denominados ‘bens jurídicos’”; e que “o Direito penal só deva proteger ‘bens jurídicos’ não significa que todo ‘bem jurídico’ tenha de ser protegido penalmente, nem que todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do Direito penal”⁵⁰².

⁴⁹⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 191-196. (Destaque no original)

⁴⁹⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 191-196.

⁵⁰⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

⁵⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-107.

⁵⁰² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-107, p. 95. (Destaque no original)

Ele, então, vai dizer que um Estado que se pretenda democrático – além de Estado de Direito, como tal, com poder punitivo submetido ao princípio da legalidade, poder esse que, se for, também, Estado Social, só se legitima na medida em que serve para garantir as condições da vida social – “tem que preencher o Direito penal com um conteúdo que respeite o cidadão como ser dotado de uma série de direitos derivados de sua ‘dignidade humana’ da ‘igualdade’ (‘real’) entre os homens e de sua faculdade de ‘participação na vida social’”⁵⁰³.

Ao que parece, não só o direito penal. Até porque o “princípio da humanidade das penas”, ao qual ele atrela essas noções, não pode dizer respeito apenas com as penas corporais, muito embora tenha nascido, como aponta o autor, de uma “reivindicação de humanização das rigorosas penas previstas no Direito do Antigo Regime”⁵⁰⁴. O autor entende que tudo o que se desenvolveu, posteriormente, nesta direção, “perderia sentido em uma concepção política na qual o Estado fosse concebido como um fim em si mesmo, e não como algo a serviço dos indivíduos”⁵⁰⁵. A mesma coisa se pode dizer sobre uma outra técnica punitiva qualquer que, pela via da relativização de direitos, imprime sofrimento excessivo, ainda que por outros meios.

Segundo Santiago Mir Puig, em compasso com os demais autores citados, “[é] a dignidade do indivíduo, como primeiro limite material a ser respeitado por um Estado democrático, que fixa limites máximos à rigidez das penas e aguça a sensibilidade de todos com relação aos danos por ela causados”⁵⁰⁶. Tem-se que, independentemente do meio sancionador empregado, disto não se poderá desviar, nem que seja para castigar de forma exemplar ou combater a impunidade. “Ainda que para o Estado e até para a coletividade fosse conveniente defender-se com penas cruéis, a isto se opõe o respeito à dignidade de todo homem – inclusive do delinquente –, que deve ser assegurada em um Estado para todos”⁵⁰⁷.

Com Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana – como o elemento fundante da ordem –, “acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental”⁵⁰⁸. Entretanto, ainda que se tenha por necessária uma determinada

⁵⁰³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-107, p. 96

⁵⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-107, p. 98.

⁵⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-98.

⁵⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

⁵⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 149-150.

restrição de direito para a garantia e a promoção da dignidade de outra pessoa, não importando em que plano seja – se individual ou transindividual –; e, então, possa-se admitir uma intervenção restritiva “em nome da dignidade (da dignidade na condição de limite a direitos fundamentais)”, não estará dispensado o “devido exame do como se dá concretamente a restrição e de quais a suas consequências”⁵⁰⁹.

Aqui, o princípio da proporcionalidade ganha destaque, com “dois aspectos ou exigências”, ainda seguindo na toada de Santiago Mir Puig. Um, dirá com “a necessidade de ‘que a pena seja proporcional ao delito’”; e o outro, com a “exigência de que a medida da ‘proporcionalidade’ seja estabelecida com base na importância social do fato (sua ‘*nocividade social*’)”⁵¹⁰.

Essa determinação é que não pode ser cindida. Por mais que a um mesmo ato (ilícito) sejam atribuíveis, em tese, sanções de caráter diferentes, o equacionamento da reprimenda estatal, para ser proporcional, tem que ser feito de forma global. Sobretudo – mas não só – quando se estiver tutelando o mesmo bem jurídico, por diferentes meios.

A vedação ao *bis in idem* – e o que por ele se pode entender –, assume, igualmente, relevada importância, neste contexto.

2.3 OS PRINCÍPIOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE LIMITAM A ATIVIDADE SANCIONADORA ESTATAL

No que diz, especificamente, com o objeto da presente análise, o ponto de partida é a elaboração comum, eminentemente lógico-dedutiva, que afirma com base no art. 37, § 4º, da Constituição, basicamente, o seguinte: como “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, logo, as respectivas instâncias punitivas são independentes entre si.

As questões que se colocam são: esta proposição cabe dentro do sistema constitucional? Ela, como uma peça, é compatível com as engrenagens de uma estrutura que

⁵⁰⁹ Segundo o mesmo autor, “[p]or isso mesmo é que se encontra, de há muito, consagrado o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até à sua supressão” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 150).

⁵¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

funciona a partir de uma matriz garantista? Se sim, com qual tamanho? Qual extensão de independência ela comporta, neste particular? Se uma exata medida de independência não puder ser encontrada, qual extensão ela não pode ter?

Que a Constituição faz diferença entre as sanções, como que por espécies, não há dúvida. Quais sanções são dessa ou daquela, isso, ela já nem sempre aponta, categoricamente. É o caso das chamadas administrativas, por exemplo.

O art. 225, § 3º, estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Dessume-se daí, com certa clareza, duas coisas: que sanções com diferentes feições podem incidir sobre atos lesivos ao meio ambiente; e que a obrigação de reparar os danos não é nem penal, nem administrativa. Mas não são, precisamente, delimitadas quais sanções podem ser classificadas como administrativas.

Por outro lado, entre os incisos XXVII e LII, o art. 5º concentra disposições sobre matéria criminal, estabelecendo no inciso XLVI, especificamente, que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

O art. 37, § 4º, por sua vez, determina que aos atos de improbidade importarão (i) a suspensão dos direitos políticos; (ii) a perda da função pública; (iii) a indisponibilidade de bens; e (iv) o ressarcimento ao erário.

Por mais que a ressalva que vem colocada na sequência (“sem prejuízo da ação penal cabível”) possa induzir à conclusão de que um mesmo fato pode configurar, ao mesmo tempo, crime e ato de improbidade; e que a imposição das sanções atribuíveis aos atos de improbidade não exclui a incidência daquelas passíveis de aplicação no âmbito da ação penal – quando cabível –, é notável que elas (as sanções, em si) não se repetem no texto constitucional. Nenhuma das sanções elencadas nos art. 5º, XLVI, e no art. 37, § 4º, são iguais⁵¹¹.

Há, ademais, um dado interessante a considerar, neste ponto. O § 4º, do art. 37, sofreu uma alteração durante o processo de elaboração da Constituição. Até a Emenda nº 00559,

⁵¹¹ No que diz com os agentes políticos, aos quais, pela via da ação por crime de responsabilidade, é atribuível a “perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública” – porém “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”, na forma do art. 52, parágrafo único, da Constituição, e da disposição de teor equivalente contida no art. 3º, da Lei nº 1.079/1950 –, a Constituição, ao que parece, qualifica os atos de improbidade, alçando-os ao patamar criminal. Sob esta ótica, portanto, não se teria, aqui, uma hipótese excepcional de repetição de sanções propositadamente inserida no texto constitucional.

discutida em Plenário pela Comissão de Sistematização, em 1º Turno, a redação dessa parte final do dispositivo – que nessa altura era o 44, § 3º, – era “sem prejuízo da ação penal correspondente”.

A mudança não é insignificante. A todo ato de improbidade corresponderia um tipo penal, na forma da redação inicial. Substituindo-se o “correspondente” por “cabível”, deu-se uma outra direção para a interpretação. Pode-se, agora, vislumbrar – para dizer o mínimo – a hipótese de que não caberá sempre uma ação penal, para cada ato de improbidade que eventualmente for praticado⁵¹².

Em decorrência de um mesmo fato, diferentes bens jurídicos poderiam ser afetados ou um mesmo bem jurídico ser comprometido em diferentes graus, com o que a ingerência de diferentes instâncias punitivas poderia – ou não – ter cabimento. Indo um pouco adiante, esta é uma segunda cogitação que a alteração redacional em questão, parece permitir.

A mera determinação sintática e semântica da relação estabelecida entre os vocábulos e expressões não é suficiente, porém. A análise precisa ser aprofundada sistematicamente em vista da matriz axiológico-normativa que compõe a racionalidade interna do sistema constitucional, especificamente, de modo a se poder chegar mais perto do seu sentido, ainda que, nem assim, se vá alcançar uma interpretação pronta e acabada.

Em consonância com que se vem sustentando, Antonio Castanheira Neves ensina que, “o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta”⁵¹³. E, no contexto de um paradigma que reconhece a impossibilidade de se compreender o direito, exclusivamente, pela perspectiva do estrito legalismo⁵¹⁴; ao mesmo tempo em que já não atribui à lei o papel de conferir validade jurídica aos direitos, enquanto direito subjetivos, sendo, ao contrário, “os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica”⁵¹⁵; a abertura hermenêutica se faz imperativa.

⁵¹² Aliás, o parecer da Emenda nº 00559, que antecedeu a Emenda nº 02039, por meio da qual a mudança se deu, diz o seguinte, textualmente: “Na verdade, nem todo ato de improbidade é considerado crime, razão pela qual as questões específicas devam ser disciplinadas pela legislação ordinária. O elenco de punições previstas no texto são (sic) suficientemente rigorosas, sua forma e gradação basicamente, foram remetidos à lei” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2018. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/35539>>. Acesso 15 ago. 2020).

⁵¹³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998, p. 35.

⁵¹⁴ Como o autor indica ser o caso da Constituição portuguesa e, também, parece ser o da brasileira.

⁵¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998, p. 38.

Isto, ainda seguindo a linha de argumentação do autor português, precisamente por conta do reconhecimento de princípios normativos, que transcendem à própria lei (legalidade) e se apresentam como fundamentos normativos da própria juridicidade, tendo de ser por ela (a lei) respeitados. E não se trata daqueles “princípios gerais do direito” estabelecidos pelo positivismo normativo-sistemático como axiomas jurídico-rationais do sistema, mas de “princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade (‘princípios de justiça’), expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”⁵¹⁶.

Eis a razão por que a ideia de um fechamento gramatical da interpretação atinge a ordem do impensável. Isto já não seria factível, pelas razões que apontam os autores da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. No bojo de um sistema com essas feições, portanto, ainda menos⁵¹⁷.

Daí segue que o texto, obrigatoriamente, tem de ser exposto, aberto, a tais direitos e princípios. E no que diz com o objeto da presente reflexão, alguns são ostensivamente reluzentes.

Começa-se por aquele que a Constituição apresenta já no art. 1º, inciso II, como um dos fundamentos constitutivos do Estado Democrático de Direito (“a dignidade da pessoa humana”) – e do qual muitos outros derivam –, passando por aquele princípio previsto no art. 4º, inciso II (“prevalência dos direitos humanos”), até se chegar ao ponto em que as disposições

⁵¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998, p. 6.

⁵¹⁷ Tratando a respeito da questão da literalidade, Lênio Streck observa que “[a] todo momento aparecem as (falsas) dicotomias como ‘literalidade’ — ‘não literalidade’ (muitas vezes travestida de voluntarismo); e, então, afirma: “[n]ão é proibido aplicar a ‘letra da lei’. Mas, por que ponho as aspas? Porque até o texto literal é interpretável”. Por outro lado, diz que “[e]m uma democracia é desejável que se cumpram os limites semântico-hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; e tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete”. Segundo ele, o problema que toca no tema de maneira fulcral é o da tese (empirista) da teoria do poder, qual seja, a do realismo jurídico, “pelo qual o direito é o que os tribunais dizem que é”, sendo que “até mesmo o uso da literalidade pode ser fruto de um realismo, desde que, em determinado caso, seja mais conveniente, no plano da avaliação subjetivista, que se ‘cumpra a letra da lei’”. A avaliação do autor toma em conta posições tomadas pelo STF acerca dos dispositivos que versam sobre a presunção de inocência, sobre o prazo de revisão de prisões preventivas e sobre a proibição de reeleição-recondução prevista no art. 57, da Constituição, mas faz lembrar, também, da divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso em face da posição manifestada pelo Ministro Teori Zavascki no caso mencionado no primeiro capítulo (aquele objeto da Pet 3240). A posição que Lênio Streck defende, em face disto, é que a de que “[i]nterpretar é fazer um ‘fit’, um ajuste, como ensina Dworkin. E interpretar é aplicar o texto em seu contexto, sob sua melhor luz — a luz dos princípios que fundamentam o direito, em nosso caso, num paradigma constitucional inaugurado em 1988” (STRECK, Lênio. A “literalidade” e a falsa disputa entre “letra” e “além da letra”. *Conjur*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/senso-incomum-literalidade-falsa-disputa-entre-letra-alem-letra>>. Acesso em: 15 jan. 2021).

atinentes a direitos e garantias fundamentais são alçadas à posição de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, inciso IV.

E dentre os direitos e garantias fundamentais que a Carta Constitucional enumera no art. 5º, destacam-se aqueles insertos no inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”); no inciso LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”); no § 1º (“[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”); e no § 2º (“[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Este último, porque, no ano de 1992, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (conforme Decreto nº 592/1992) e à Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹⁸ (Decreto nº 678/1992), sendo que ambos preveem vedação ao *bis in idem*⁵¹⁹.

Esses tratados não são expressos quanto à proibição de aplicação de pena e sanções de outras naturezas pelos mesmos fatos. Mesmo assim, em diversas outras jurisdições e esferas de aplicação a questão tem evoluído nesta direção⁵²⁰. O que tem levado a tanto, em termos de fundamentação, confere outras ramificações à presente análise⁵²¹. Por ora, nada obstante, importa considerar se essa vedação exerce – ou deveria exercer – algum peso sobre a tomada de posição, em concreto, nas situações *a priori* indeterminadas, no que toca ao reconhecimento de limites interpretativos dedutíveis dos direitos e princípios constitucionais.

Com certa margem de segurança, pode-se afirmar que a vedação ao *bis in idem* se conecta às noções de proporcionalidade e de devido processo legal (substancial); e, por isto, tem-se que sim.

2.3.1 Proporcionalidade e Devido Processo Legal

⁵¹⁸ Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

⁵¹⁹ Art. 14.7., do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Art. 8.4., Convenção Americana de Direitos Humanos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

⁵²⁰ Neste sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 181-185.

⁵²¹ As quais serão adiante exploradas na ordem de encadeamento das ideias articulada.

A proporcionalidade, como princípio, remete à necessidade se estabelecer uma relação adequada entre os fins e os meios empregados para o alcance de um determinado objetivo. E a sua vinculação ao Direito Constitucional, tal como refere Paulo Bonavides, decorre – justo – dos direitos fundamentais e do seu deslocamento para o centro da gravidade da ordem jurídica, com a ascensão, no fim do século XX, de uma concepção de Estado de Direito pautada pelo princípio da constitucionalidade⁵²².

Neste sentido, apoiando-se em outros autores, dentre os quais Pierre Mueller, Ulrich Zimmerli, Herbert Krueger e Ernesto Pedraz Penalva, o mesmo autor ainda afirma que, ele (o princípio da proporcionalidade), diz, principalmente, com o problema da limitação do poder legítimo, sendo a exigência de sua utilização uma das garantias básicas que se deve observar sempre que direitos e liberdades sejam lesados. Isto, dentre outras coisas, por conta da constatação de que “já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais”. Em face destas e de outras reflexões, então, enfatiza a seguinte conclusão: “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”⁵²³.

Trata-se de uma enunciação carregada de conteúdo axiológico-normativo, da qual não se pode olvidar quando se pensa sobre o que quer dizer o princípio do devido processo legal, em termos substanciais.

Edilson Vitorelli, ao tratar da importância da cláusula do *due process* no âmbito da Constituições inglesas e norte-americanas e destacar, porém, a dificuldade de determinar o que vem a ser “devido” – por não estar auto evidenciado, em nenhum dos casos, um conteúdo

⁵²² O que vai de encontra ao que, antes, já se falou sobre a passagem para o Estado Constitucional. Ainda, conforme explica Paulo Bonavides, “[o] princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo. Mas a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados. Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da *constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro da gravidade da ordem jurídica” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, 404-407).

⁵²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34, ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 402-404.

normativo –, observa que “o sentido de um processo devido só pode ser estabelecido em relação a um contexto jurídico, não abstratamente”⁵²⁴.

Deve-se dizer – por mais redundante que seja, nesta altura – que o contexto jurídico da presente análise é o do sistema incorporado no texto da Constituição da República de 1988; e só podem emergir dele as premissas basilares para se esmiuçar o sentido de devido processo legal, no ordenamento brasileiro.

Nesta perspectiva, embora esteja se referindo diretamente à Constituição portuguesa, Jorge Miranda, após afirmar que não basta declarar os direitos, apresenta uma lição valiosa e, igualmente, apropriada ao contexto constitucional brasileiro. Segundo esse autor, “importa instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos”⁵²⁵, sendo que, “o próprio fenómeno procedimental implica posições jurídicas subjetivas, verdadeiros direitos fundamentais”⁵²⁶. E isto, seja para assegurar a participação dos cidadãos nas decisões coletivas, ou – e, neste aspecto, com repercussão clara sobre o que vem a ser um devido processo – “porque haja garantida a defesa de outros direitos contra eventuais resultados desfavoráveis a que o procedimento possa conduzir”⁵²⁷.

Haveria, na forma da categorização feita pelo autor português, **direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais procedimentais**, subdividindo-se estes últimos **substantivos** e **adjetivos** ou **processuais**. Os **substantivos** seriam aqueles em que a participação no procedimento vale por si; e os **adjetivos** ou **processuais**, aqueles por meio dos quais outros direitos são tutelados, a partir de regras de processo⁵²⁸.

Chega a ser intuitivo o reconhecimento de que a participação meramente formal do investigado ou do acusado em processo(s) que verse(m) sobre um determinado ato ilícito cuja autoria lhe é imputada, não encerra, por si, o campo de incidência do seu **direito fundamental procedimental**. Do contrário, ele não passaria de uma declaração de caráter puramente formal, bem no tom de um positivismo normativista.

⁵²⁴ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 130.

⁵²⁵ A este respeito, cumpre mencionar a distinção feita pelo autor entre direito e garantia institucional, *verbis*: “Para saber então se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional, haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação ativa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar diretamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou se, pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional” (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 99).

⁵²⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 146.

⁵²⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 146.

⁵²⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, 146-147.

A bem da verdade, no âmbito de um estado democrático de direito, o processo ostenta um tipo de instrumentalidade material, seguindo a linha de entendimento sustentada por Romeu Felipe Bacellar Filho⁵²⁹ acerca do processo e do procedimento administrativo, porquanto condizente com o postulado constitucional do devido processo legal, em sentido amplo. Quando lhes atribui instrumentalidade democrática (ao processo e ao procedimento administrativo), o autor argumenta não estar se filiando a uma “concepção procedimental e formal de democracia”; diversamente, diz que o que o “democrático” faz é imprimir uma ordem ética ao estado de direito. Daí que, “[a]través do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da administração aos valores constitucionais legitimantes”⁵³⁰.

Não será através de uma técnica silogística que as normas constitucionais que carregam esses valores ganharão representação concreta. É também deste pressuposto que parte Romeu Felipe Bacellar Filho⁵³¹. Mas ele adverte que, “[a] abertura da norma constitucional, a estrutura principiológica não impede, porém, a existência de conteúdos ‘constitucionalmente necessários’ e ‘constitucionalmente impossíveis’”⁵³²; e, então, aponta que, por eles, pode-se excluir outros conteúdos que sejam incompatíveis com as normas constitucionais principiológicas, bem como exigir outros que sejam necessários. O autor defende, ainda, que “[a] Constituição material-procedimental limita conteúdos possíveis do direito ordinário”⁵³³; e que a principal finalidade dos princípios constitucionais processuais, dentre os quais insere o devido processo legal, “é garantir unidade aos vários processos administrativos de cada um dos poderes”⁵³⁴.

Assim, enquanto em sentido formal o princípio do devido processo legal, “relaciona-se às formalidades previstas na lei para a proteção do exercício das prerrogativas processuais inerentes ao contraditório e à ampla defesa”, Romeu Felipe Bacellar Filho⁵³⁵ indica que, em

⁵²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

⁵³⁰ Com Luigi Ferrajoli, Romeu Felipe Bacellar Filho aponta que a democracia moderna possui duas dimensões próprias: “a dimensão política ou a democracia como poder da maioria e a dimensão do estado de direito, no qual sobretudo o poder da maioria está submetido aos direitos fundamentais, caracterizando-se como poder não absoluto, mas subordinado à Constituição” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143).

⁵³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151-157.

⁵³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

⁵³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

⁵³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157.

⁵³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

sentido material, “diz respeito ao conteúdo das regras processuais”, as quais “devem ser regras justas, racionais e razoáveis”, supondo-se, para tanto, equilíbrio, moderação, harmonia; e que não sejam arbitrárias ou caprichosas.

Eis o lugar onde a “esfera do indecível” – porque “constitucionalmente impossível” – começa a se delinear.

E, observadas sob estas lentes, determinadas previsões legais em matéria sancionadora se revelam em claro descompasso com coordenadas primárias traçadas pela Constituição. Se já não eram completamente desajustadas quando instituídas, tornaram-se depois, com a reiterada afirmação do que se convencionou chamar princípio da independência entre as instâncias.

Sim, porque parece que se opera com burla ao sistema e àquilo que constitui o devido processo legal, em termos substanciais, quando, para fins meramente organizacionais, fraciona-se a competência para apuração da ilicitude de uma determinada conduta; e, depois, mede-se o equilíbrio, a moderação e a harmonia do exercício dessa competência – ou, em última análise, a própria proporcionalidade do poder empregado – em face da atuação de cada uma das partes, separadamente consideradas.

Neste aspecto, algumas das disposições que integram diplomas legais sobre atos lesivos à administração pública, tais como o art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa⁵³⁶ (Lei nº 8.429/1992), e os artigos 337-E e 337-F, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁵³⁷ (Lei nº 14.133/2021), são exemplificativas.

A pessoa que incorrer em infração ao disposto no primeiro artigo, certamente, incorrerá, também, na prática de um desses dois crimes. Se houver uma pessoa jurídica envolvida, ainda, a mesma conduta poderá se amoldar às infrações previstas no art. 5º, IV, da Lei Anticorrupção⁵³⁸ (Lei nº 12.846/2013). É indubitável que a higidez das contratações

⁵³⁶ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

⁵³⁷ “Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”; e “Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”.

⁵³⁸ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de

públicas é o que se visa proteger, nas três hipóteses. Cada uma delas, porém, comporta a aplicação de uma multa diferente, para além de outras sanções⁵³⁹; e as esferas competentes para o processamento e aplicação são tidas como independentes na formação do seu juízo, com excepcionalíssimas exceções⁵⁴⁰.

Com uma boa margem de segurança, pode-se afirmar que, quando a Constituição, no art. 37, § 4º, incumbiu ao legislador estabelecer a forma e a gradação das sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticassem atos de improbidade, deu-lhe uma tarefa, não o direito de se arrojar na posição de inventar um qualquer sentido para a norma. E essa tarefa, parece claro, consistia – e consiste – em organizar a estrutura punitiva estatal, tomando em consideração as conexões de sentido e o contexto global do texto constitucional⁵⁴¹.

Ao invés disto, ele (o legislador) acabou por incorrer naquilo que Carlos Santiago Nino chamou de redundância normativa, ou seja, produziu um excesso de soluções para o mesmo caso. Segundo o autor, nada obstante, isso não precisaria criar embaraços à aplicação do direito, “visto que, ao ser seguida uma das normas redundantes, também seria satisfeito o que é prescrito pela outra”⁵⁴². O problema é que “os juristas e os juízes se recusam a admitir que o legislador

licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”.

⁵³⁹ Dispõe o art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos”. E, na forma do art. 6º, I, da Lei Anticorrupção: “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

⁵⁴⁰ Conforme o disposto no art. 935, do Código Civil, apenas quando haja negativa de autoria ou materialidade pelo juízo criminal, como já referido.

⁵⁴¹ Neste ponto, a linha de orientação é aquela ditada por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira a tratarem da interpretação sistemática, assim afirmando: “[a]o considerar-se essencial na interpretação da Constituição as conexões de sentido, pretende-se sobretudo pôr em relevo que um preceito constitucional não deve ser considerado isoladamente e interpretado apenas a partir dele próprio. É que, formando a Constituição uma *unidade de sentido*, deve tomar-se em conta o seu *conteúdo global*, o que permite, designadamente, conferir o devido relevo, em sede interpretativa, aos princípios jurídicos e políticos fundamentais da Constituição (exemplo: princípio democrático, princípio da proibição de excesso, princípio da proibição de leis individuais restritivas de direitos fundamentais, etc.)” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 53).

⁵⁴² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 330.

tenha determinado normas supérfluas e, por conseguinte, se esforçam por conferir âmbitos autônomos às normas com soluções equivalentes”⁵⁴³.

Essa recusa e esse esforço podem guardar relação com variados fatores. Mas a afirmação de que “as instâncias são independentes entre si”, favorece a perpetuação dessa realidade. Sobretudo, pela carga persuasiva que conquistou. Quando empregada como fundamento, verdadeiramente, pesa como um axioma; e isto faz pensar na lição de Luiz Alberto Warat sobre os estereótipos e os efeitos que produzem⁵⁴⁴.

Segundo o autor, eles (os estereótipos) operam a partir de uma fusão entre dois fins, um, descritivo; e outro, persuasivo, sendo que “sob a aparência de definições empíricas, as definições persuasivas encobrem juízos de valor”⁵⁴⁵. Além disto, “[a]s definições abstratas dos estereótipos têm como inconveniente a esclerose de certos juízos valorativos como eternos e imutáveis”⁵⁴⁶. Trata-se de palavras com uma “carga conotativa provocadora de associações tão fortes que a simples evocação de seus significantes motiva comportamentos ou determina opiniões”⁵⁴⁷.

Warat explica que os estereótipos são o “mecanismo linguístico” mais apto a promover a institucionalização de crenças e opiniões generalizadas; e que, nas sociedades modernas, eles funcionam como uma “espécie de *prêt-a-porter* significativo, que permite o controle social ao fornecer modelos de estruturas estáveis do mundo, operando como forma significativa independente das relações sociais”⁵⁴⁸. Dentre outras coisas, por vezes, operam com o esvaziamento das significações de base, segundo o autor. E “não se subscrevem aos signos; as sentenças, os discursos, as pessoas ou classes de pessoas podem ser objetos de processos de esteriotipação”⁵⁴⁹.

⁵⁴³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 330.

⁵⁴⁴ Segundo ele, “[u]m estereótipo é uma expressão ou uma palavra que pretende gerar adesões valorativas, comportamentos ou opiniões a partir de um processo de significação, no qual o receptor da mensagem a aceita de modo acrítico, baseado em solidariedades significantes epidérmicas. A esteriotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada” (WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 72).

⁵⁴⁵ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 72.

⁵⁴⁶ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 72.

⁵⁴⁷ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 71.

⁵⁴⁸ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 71-72.

⁵⁴⁹ Luiz Alberto Warat indica existirem dois tipos de estereótipos: “a) os signos que clausuram, no ato de sua utilização, a instância conceitual, para persuadir através de uma forte carga ideológica e valorativa inserida em seu significante. Como exemplos, podemos citar os termos: democracia, judeu, subversivo; b) os signos mediante os quais são transmitidos os standards valorativos da sociedade. Neste caso, o estereótipo provoca a ficção de uma realidade congelada, de uma ordem perfeita. O congelamento de sentido deve ser visto como uma forma de esvaziamento de sua significação de base” (WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 73)

O tema e as questões que ele envolve não se esgotam nestas poucas linhas; e – porque levantados –, talvez tivessem de ser mais bem aprofundados. Ao chamar atenção para ele, nada obstante, tem-se um propósito pontual: desmitificar a ideia de que as instâncias punitivas são independentes entre si, porque parece haver nela algo que assemelha a uma estereotipação; e isso viabiliza a sustentação de uma posição constitucionalmente impossível (Bacellar Filho), porque incompatível com os juízos de valor depositados nos direitos e princípios constitucionais.

Ao fim e cabo, nesta perspectiva, a exaltada independência entre as instâncias acaba por permitir invasão à “esfera do indecível”.

Para redirecionar o rumo das coisas, tem-se, pela índole e estrutura lógico-formal das normas, que uma hipótese categorial-representativa – a consolidar outra determinação apofântica –, poderia servir e ser a seguinte: “se”, a despeito de já serem passíveis de aplicação a um determinado agente as sanções discriminadas no art. 37, § 4º, da Constituição, pode, ainda, ser cabível, em face do mesmo ato, uma ação penal, “então”, cumpre – ao legislador ordinário, precipuamente, mas, também, ao juiz e as autoridades administrativas – articular, organizar e coordenar a atuação de cada uma das instâncias competentes, de modo a impedir que disso resulte violação aos direitos e aos princípios normativos que fundam o sistema⁵⁵⁰.

Tudo, porque o conteúdo axiológico-normativo contido nos direitos e garantias fundamentais – agindo para limitar o sentido do que se pode reconhecer por proporcional e por devido processo legal material – induz à impossibilidade de uma independência desmedida entre as instâncias punitivas.

2.3.2 A Vedação ao *bis in idem* na Constituição brasileira de 1988

⁵⁵⁰ Nas palavras de Antonio Castanheira Neves, “[o] que justamente não pode ser admitido pelo sentido axiológico-normativo e material da juridicidade que se exprime nos direitos e nos princípios: a titularidade daqueles e os regulativos compromissos axiológico-normativos destes postulam, respectivamente, já uma titularidade efectiva, uma titularidade real no contexto social, já uma projecção determinante da prática histórica. Os direitos serão meros votos pios, se não se afirmarem como efectivas condições da realização pessoal; os princípios serão aspirações vãs, se não impregnarem constitutivamente a *praxis* e não obtiverem assim a sua decisiva determinação normativa, como referências axiológico-normativas para a prática e fundamentos normativos para o juízo que essencialmente são. A índole e a estrutura lógico-formal das normas enquanto tais – uma hipótese categorial-representativa implica certos tipos de efeitos, ou uma previsão hipotética implica uma definível estatuição, na condicionalidade normativa ‘se, então’ – a admitirem *inclusive* uma enunciação aponfântica e com esta um operar simplesmente lógico, possibilitam-lhe uma autonomia que a si mesma se basta, e por isso a permitir se tornem objecto de um conhecimento, já hermenêutico (a ‘interpretação da lei’), já dogmático (que se manifesta no construtivismo jurídico), já sistemático (o que obteve uma expressão acabada no sistematicismo da ‘teoria pura do direito’)” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998, p. 1-44).

A expressão *ne bis in idem*, em sua acepção semântica, remete a algo que se não deve repetir; e, juridicamente, em regra, “é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*)”, nas palavras de Carlos Rodolfo Tigre Maia⁵⁵¹.

A origem dessa construção é relacionada, prevalentemente, ao Direito romano, mas há quem sustente que ela tem base no Direito grego e, também, registros históricos no Direito inglês do *common law*⁵⁵².

A corrente mais tradicional vincula o seu nascimento ao surgimento do fenômeno da consunção no Direito Romano, uma vez que se defendia não ser possível exercer, novamente, um direito já exercido; no Direito grego se diz que ela tem origem na arte retórica dos áticos, sendo um postulado de lógica, que decorreria da simples constatação de que se não pode realizar o que já foi realizado, novamente; e, no Direito inglês, o *ne bis in idem* é apontado como embrionário da vedação ao *double jeopardy*, por meio da apresentação da autrefois acquit *and* autrefois convict⁵⁵³.

Ainda, a Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1887 (que instituiu a vedação do *double jeopardy*) e o artigo 9º, da Constituição Francesa de 1791, são apontados como precedentes históricos dessa vedação ao *bis in idem* de que ora se trata⁵⁵⁴.

E, após as duas grandes guerras mundiais, com o surgimento de diversos tratados e convenções internacionais consagrando direitos ao homem, o *ne bis in idem* acabou por alcançar *status* de garantia fundamental. No ordenamento brasileiro, inclusive, em razão da adesão ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, ante ao disposto no art. 5º, LXXVIII, § 2º, da Constituição⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ MAIA, Carlos Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, [S.l.], a. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set.2005.

⁵⁵² Neste sentido: SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 71-92, jul./dez. 2018.

⁵⁵³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 71-92, jul./dez.2018.

⁵⁵⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 71-92, jul./dez.2018.

⁵⁵⁵ Neste sentido, Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust explicam que, por meio de tal dispositivo, o sistema normativo brasileiro incorporou a teoria do bloco de constitucionalidade, pioneiramente desenvolvida na França a partir de um trabalho de Louis Favoreu, sendo que, em face dele e do disposto no § 3º, acrescido ao art. 5º, da Constituição pela Emenda nº 45/2004, tem-se que “no sistema normativo pátrio os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas positivados textualmente no corpo da Constituição e no catálogo do Título II (‘Dos direitos e garantias fundamentais’), sendo também assegurados em normas que decorrem do regime democrático e dos princípios constitucionais, bem como naquelas sediadas em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário” (HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto ao entendimento de que ele só teria incidência no campo penal, tem-se, de plano, que se trata de um tipo de interpretação puramente gramatical, porque lastreada na literalidade dos textos, os quais não se afirmam extensíveis às infrações administrativas (embora também não excluam a hipótese, textualmente).

Se abertos esses textos a uma interpretação atrelada aos referenciais axiológicos-normativos que emanam do sistema constitucional, surge uma outra posição mais defensável em termos de compatibilidade com as premissas centrais do Estado Constitucional. Mesmo porque uma só pergunta – de onde uma série de outras decorrerão – parece comprometer a sua base de sustentação, qual seja: e se na definição dos tipos o legislador ordinário não tiver guardado estrito respeito à distinção preconizada pela Constituição entre as espécies de sanções aplicáveis a cada categoria de ilícito? É possível, ainda assim, reservar à esfera penal, com exclusividade, a incidência do *ne bis in idem*? E, depois, mais: se os mesmos atos estão tipificados como criminosos, ímprobos e como infração administrativa, ao mesmo tempo, isso não faz nenhuma diferença?

O Tribunal de Justiça da União Europeia, por exemplo, já proferiu julgados por meio dos quais firmou entendimento no sentido de que o critério determinante para o reconhecimento da existência – ou não – de *bis in idem* na aplicação de sanção comunitária e nacional seria o da identidade dos fatos materiais, entendida como “a existência de um conjunto de fatos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses fatos ou do bem jurídico protegido”⁵⁵⁶.

E, em outro caso emblemático, o mesmo Tribunal entendeu ser a natureza da sanção o principal aspecto a se verificar para a aplicação do *ne bis in idem*⁵⁵⁷.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, firmou jurisprudência no sentido de que “a qualificação fornecida pelo direito interno de um ilícito como penal ou administrativo

In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377).

⁵⁵⁶ Foi o que se passou nos casos van Esbroeck, van Straaten e Jürgen Kretzinger, conforme aponta Helena Regina Lobo da Costa (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p.189-190).

⁵⁵⁷ Tratava-se de um caso envolvendo um agricultor que prestou declarações falsas para a obtenção de um benefício; e no qual se entendeu que as medidas de exclusão do programa no ano corrente e de redução do benefícios nos subsequentes, até o montante correspondente à diferença da área existente e da área declarada, constituíam sanção de natureza reparatória não penal, não impedindo, portanto, a aplicação das sanções penais cabíveis, em face do mesmo fato (Proc. C-489/10, conforme COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 189-190).

não é determinante para definir a aplicabilidade das garantias penais”⁵⁵⁸ da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Isto ocorreu, segundo Helena Regina Lobo da Costa, “visando a evitar possíveis burlas à aplicação do tratado, já que, se fosse adotada uma concepção formal puramente baseada na qualificação do ilícito pelo direito interno, os membros poderiam utilizar sanções extremamente gravosas, desde que não de natureza (formalmente) penal, sem ter de se submeter às exigências do Convênio naquele campo”⁵⁵⁹.

Na prática, é mesmo isso o que acontece com as leis de caráter sancionador no ordenamento pátrio: a natureza formal que se atribui a eles é o que determina a possibilidade de incidência simultânea dos diversos diplomas tipificadores de uma mesma conduta, assim como o volume de garantias que serão concedidas aos acusados, notadamente com relação aos crimes econômicos e os atos que atentam contra a Administração Pública.

A própria política legislativa é, com frequência, desenvolvida sob essas bases. Por vezes, inclusive, de forma declarada. Os estudos que antecederam a promulgação da Lei nº 13.964/2019, produto do conhecido “Pacote Anticrime”, dão uma mostra disso.

No âmbito do Senado Federal, uma Análise de Impacto Legislativo chegou a ser conduzida pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, para avaliar o conteúdo do texto proposto, com ênfase nas denominadas “10 medidas contra a Corrupção”⁵⁶⁰. No ponto em que se avalia a “ação civil de extinção de domínio”, como alternativa ao “confisco alargado”, vê-se, claramente, que a premissa é a de que os efeitos concretos seriam os mesmos⁵⁶¹. Porém, aponta-se ser preferível a primeira opção, porque seriam menores as “dificuldades” relativas à prossecução processual, já que a carga de garantias do réu na esfera civil seria, igualmente, menor.

⁵⁵⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 192.

⁵⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 192.

⁵⁶⁰ Segundo consta do trabalho publicado, a intenção era “estudar os incentivos dados aos atores políticos, bem como os aspectos não antecipados e indesejados, ou seja, aqueles que parecem não fazer parte do resultado almejado, nem pelos propositores das medidas, nem pela sociedade. O propósito é o de analisar criticamente as soluções apresentadas nas proposições, bem como apresentar alternativas, quando estas forem recomendáveis” (SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205> Acesso: 21 dez. 2020>).

⁵⁶¹ Além de se reconhecer, textualmente, que “[a] perda de patrimônio pode ser, vale ressaltar, pena mais lesiva ao indivíduo do que a privação da liberdade” (SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205> Acesso: 21 dez. 2020>).

Sobre o “confisco alargado”, diz-se tratar de “sanção de origem criminal, seara onde impera a presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Assim são inúmeros os reclamos de que a norma não se coaduna com os princípios constitucionais”, de modo que ele correria “grande risco de ser declarado inconstitucional”, em face, também, do direito à não-autoincriminação. “A compreensão decorre do princípio de que o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e é presumidamente inocente, até que se prove o contrário. Assim, não seria obrigado a comprovar que todo seu patrimônio é originado de fontes lícitas”⁵⁶², nas palavras dos consultores legislativos encarregados do estudo.

A proposta de criação de uma ação de extinção de domínio, ao contrário, como afirmam eles, “prevê uma ação de natureza civil; isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, sim, eminentemente reparatória (compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, compensação essa que é feita com a tomada do patrimônio”, com o “benefício”, ainda, “de não depender do desfecho das ações civis e penais eventualmente iniciadas contra o mesmo réu (art. 6º da proposta)”⁵⁶³.

Especificamente a respeito dos “efeitos favoráveis (benefícios)”, sustentam que a ação civil tenderia a “acelerar a perda dos bens, operações que hoje são realizadas por meio de medidas cautelares penais (sequestro, hipoteca legal, etc.), e que estão ligadas à necessidade de demonstração de culpabilidade (ainda que cautelarmente)”. Mas que, “[s]em dúvida, o maior benefício” seria “a possibilidade de se admitir, por se tratar de ação civil, uma inversão – ou, ao menos, relativização – do ônus da prova, o que dificilmente seria admitido na área penal. Eis, inclusive, uma das grandes vantagens da ação civil de extinção do domínio frente à proposta do confisco alargado”⁵⁶⁴.

Em uma avaliação conclusiva, o estudo aponta que, ainda assim, poderia haver questionamentos acerca da presunção de inocência, “embora em monta menor do que em relação ao confisco alargado”, mas que as Cortes norte-americanas “têm rejeitado essa alegação, em virtude de se tratar de ação civil, assim como têm rejeitado a alegação de *bis in*

⁵⁶² SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>> Acesso: 21 dez. 2020>.

⁵⁶³ SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>> Acesso: 21 dez. 2020>.

⁵⁶⁴ Na sequência, afirma-se, ainda que: “[e]ssa relativização do ônus da prova – ou, como se queira, distribuição dinâmica da carga probatória – decorre da natureza da ação: enquanto o confisco (simples ou alargado) é um efeito da condenação penal (portanto, uma ação pessoal, *in personam*), a extinção civil do domínio é uma ação de natureza patrimonial (*in rem*)” (SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>> Acesso: 21 dez. 2020>).

idem – que, no direito americano, é conhecida como *Jeopardy Clause*”. Quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, diz: “há poucos riscos de a alegação de *bis in idem* prosperar, tendo em vista serem consideradas quase absolutamente independentes as instâncias civil e penal”⁵⁶⁵.

A proposta contida no projeto, em termos gerais, foi enaltecida por se reconhecer que, “[a]tualmente, devem ganhar a atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais, pois o sujeito passivo é a coletividade, cuja proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras”⁵⁶⁶.

Não se vai ao ponto de dizer isto, mas é como se o objetivo, porque nobre, autorizasse a romper com o postulado de que os fins não justificam os meios. E é notável como a independência entre as instâncias aparece, neste contexto, como barreira de proteção contra constrangimentos que os direitos individuais poderiam vir a causar, em outras circunstâncias⁵⁶⁷.

Ao defenderem o direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos – algo que, em tese, escaparia à previsão contida no art. 8º, nº 2, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), porque no enunciado dele consta se tratar de “garantias judiciais” –, Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust fornecem subsídios para iluminar, também, as discussões sobre o *ne bis in idem*; e para contrapor um tal raciocínio. Primeiro, ao referirem que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendimento firmado no sentido de que “a proteção conferida pelo dispositivo deve se aplicar a todas as relações jurídicas processuais, sejam elas judiciais ou administrativas, desde que o ato emanado do Estado possa afetar – criando ou restringindo – direitos e obrigações ao acusado”⁵⁶⁸. Depois – e sobretudo –, ao apontarem que essa posição se arrima em uma “interpretação sistemática da Convenção Americana”.

⁵⁶⁵ SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>> Acesso: 21 dez. 2020>.

⁵⁶⁶ SENADO FEDERAL. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa: textos para discussão 205*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>> Acesso: 21 dez. 2020>.

⁵⁶⁷ O Plenário da Câmara dos Deputados acabou suprimindo o item “ação civil de extinção de domínio” do chamado “pacote anticrime”; e ele não integrou o texto final da Lei nº 13.694/2019, mas o fato dessa posição ter sido sustentada no âmbito de uma Análise de Impacto Legislativo realizada por consultores legislativos vinculados Senado Federal é, por si, significativo.

⁵⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377, p. 365.

Essa interpretação, partindo do disposto no art. 29, “c”, da Convenção, o qual preceitua que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”; e da constatação de que “à medida que a Convenção passou a ser aplicada, percebeu-se que as práticas estatais questionáveis não provinham apenas de atividades judiciais, mas também de outras ações ou omissões no campo administrativo”⁵⁶⁹, de modo que, “com o passar do tempo, vencido o desafio de aplicação das garantias do art. 8º no âmbito judicial, o próximo passo tornou-se ampliar seu alcance de proteção a todos os órgãos que desenvolvem funções públicas”⁵⁷⁰; é que aponta que a garantia inserta no art. 8º, nº 2, “c”, da Convenção, incide na esfera administrativa.

Isto, ademais, segundo os mesmos autores⁵⁷¹, porque o princípio “*pro homine*”, também chamado “*pro persona*”, “anuncia que sempre deve prevalecer a aplicação da norma mais benéfica à pessoa humana”, com a consequência de que “deve o intérprete sempre buscar aplicar a norma que em cada caso resulte mais favorável e mais protetiva ao ser humano, à sua liberdade e aos seus direitos”. Eis, portanto, outra razão – quiçá a mais importante – “para a ampliação do espectro de incidência das garantias previstas no art. 8º da Convenção Americana”.

A vedação ao *bis in idem* é, igualmente, uma das garantias elencadas no art. 8º, da Convenção Americana; e a experiência já mostrou que as imputações podem – e com frequência são – manejadas de modo a se desvincularem das garantias penais, com o explícito propósito de burlar direitos. Pode-se dizer, em um tal cenário, que a ampliação de sua incidência é determinante para romper com o *modus operandi* do legislador em matéria sancionatória.

⁵⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais*: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377, p. 364.

⁵⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações*: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377, p. 365.

⁵⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações*: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377.

Vale retomar, neste ponto, o entendimento manifestado por Fábio Medina Osório⁵⁷² sobre a posição dos atos de improbidade dentro do quadro sancionador. O autor reconhece um alcance geral do *ne bis in idem* na tutela das relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, mas diz que não pode ser invocado com relação aos atos de improbidade.

Na sua visão, ao dispor que “a improbidade seria castigada na forma da lei que as regulamentasse, independentemente das sanções penais e civis cabíveis à espécie”⁵⁷³, além das administrativas, o legislador conferiu autonomia à tutela da probidade. E o sentido que dá a essa autonomia merece destaque, porque ele, literalmente, destaca a tutela da probidade do “clássico princípio da independência entre as instâncias, princípio que ostenta conexões profundas com a separação dos Poderes”, dizendo que ao “ressalvar o cabimento da ação penal para castigar o agente ímprobo, com a simultânea perspectiva das sanções constitucionalmente previstas, além daquelas previstas na Lei 8.429/92, tem-se um tratamento normativo que opta pela independência entre as instâncias de modo singular”⁵⁷⁴.

Para consolidar a sua tese, o autor, então, sustenta que aquela independência entre as instâncias genérica e calcada na separação dos Poderes, não pode ser tomada com um óbice à implementação de uma interdependência das instâncias punitivas, que imporia a adoção de critérios coerentes, racionais, justos e eficientes, os quais culminariam no princípio do *no bis in idem*. Todavia, diz que “o texto constitucional, ao preocupar-se com a patologia social da improbidade administrativa, avançou e relativizou o princípio do *non bis in idem*, enfraquecendo-o nesse cenário tão especializado em homenagem à preservação de outros valores”⁵⁷⁵.

De uma perspectiva mais orgânica – que não parece descurar da importância que o legislador constituinte atribuiu à tutela da probidade – pode-se cogitar que, quando o constituinte apontou, textualmente, quais seriam as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade; e que elas incidiriam na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, transferiu ao legislador ordinário o encargo da sistematização e, com ele, um ônus de refinamento da técnica legislativa. Não uma “carta coringa” para a defesa de valores

⁵⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 341.

⁵⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 341.

⁵⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 341.

⁵⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 341-342.

com grau de importância superiores àqueles que implicam garantias individuais aos acusados em geral, como se a sobreposição de sanções pudesse cumprir, em si, um papel relevante; e, com isso, justificar-se.

Na prática, ao mesmo tempo em que extraiu da locução “sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, § 4º, da CR) a conclusão de que as sanções decorrentes de atos de improbidade independem das penais, civis e administrativas, reconhecendo se tratar – mesmo – de uma categoria de responsabilização a parte, o legislador replicou tipificações.

Parece haver uma certa impropriedade nessa ação legislativa⁵⁷⁶: se as sanções são tratadas como independentes porque não de incidir em âmbitos materialmente diferentes (penal, administrativa, civil e o da improbidade), pode-se dizer que seria consentâneo lógico não deverem ser iguais umas às outras.

Tal como, precisamente, lembram Cristina Fortini e Ariane Shermam, “[e]m matéria de aplicação de sanções há que se considerar que sua legalidade se atrela não apenas à presença de respaldo em dado texto legal, mas a uma harmonia superior em que inexistam violações a princípios”⁵⁷⁷.

Por outro lado, partindo da ideia de que todos os ilícitos “fazem parte de um instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos”; e de que há um “núcleo comum” e “elementos que ultrapassam as áreas como didaticamente estabelecidas, a partir de uma derivação direta do Direito Constitucional”, no que toca às instâncias punitivas, Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo dizem ser difícil afastar a proposição de que “existe um Direito Constitucional Penal ou um Direito Constitucional Sancionatório, que implica um regime jurídico ou um Direito público de intervenção que é o núcleo comum do Direito Penal, do Direito Administrativo ou até mesmo do Direito Civil”⁵⁷⁸. Com isso, questionam: “[s]erá possível compartimentalizar estes direitos, e dizer que eles têm natureza e efeitos de direitos fundamentais para o Direito

⁵⁷⁶ Neste sentido, vale lembrar, emprestando as palavras de Cristina Fortini e Ariane Shermam, que: “[a] Lei nº 8.429/92 foi editada em período de turbulência política no Brasil. Seus primeiros meses de vigência coincidiram com o transcorrer dos fatos que resultaram na instauração do processo de *impeachment* e posterior renúncia do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, justamente por fatos categorizados como corruptos. O contexto de instabilidade política e social pode ser comparado ao da edição da Lei Anticorrupção, esta fortemente marcada pelos protestos populares de junho de 2013, que, embora tenham coberto uma variedade de temas e demandas, foram associados às reivindicações de transparência e moralidade na Administração Pública” (FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. *Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago.2018). Eis as raízes contingenciais de dois dos principais diplomas legais sancionadores que repetem tipificações e sanções de diferentes naturezas.

⁵⁷⁷ FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. *Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018, p. 97.

⁵⁷⁸ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012, p. 131.

Penal, mas não para o Direito Administrativo? Seria possível criar estas diferenças se tais não foram criadas pela Constituição? Será que a lei pode instituir realmente uma discrepância desta ordem? Parece que não”⁵⁷⁹.

Tal conclusão é, ainda, robustecida com o argumento de que “a análise da imoralidade, sob o ponto de vista do controle dos atos e da sua possível anulação ou até convalidação e a partir do ângulo sancionatório (seja sancionatório criminal em sentido estrito, seja o sancionatório administrativo, ou mais particularmente o sancionatório da Lei de Improbidade) exige um padrão homogêneo de interpretação jurídica”, havendo de incidir a vedação ao *bis in idem*, por conta disso⁵⁸⁰. Ainda, especificamente a respeito da previsão contida no art. 12, da LIA, Blanchet e Gabardo sustentam: “[a]parentemente, ou esse artigo tem uma redação ruim ou ele é inconstitucional, sob pena de ser ferido o princípio do não *bis in idem* que é, inclusive, reconhecido por tratados internacionais”⁵⁸¹.

A corroborar tais observações, Helena Regina Lobo da Costa, Daniel Ferreira e Rafael Munhoz de Mello⁵⁸² apontam – com divergências de abordagem muito pontuais – que já existe um regime jurídico impondo maior rigor para aplicação de sanções administrativa; e que ele não decorre de uma simples transposição de princípios e garantias do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. Helena Costa e Rafael Mello⁵⁸³, sustentam que esse

⁵⁷⁹ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012, p. 132.

⁵⁸⁰ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

⁵⁸¹ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012, p. 133.

⁵⁸² Por não reconhecer a existência de uma identidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, Helena Regina Lobo da Costa diz não concordar com a tese do *ius puniendi* único, a qual, na percepção dela, apenas visaria estender ao último os princípios e garantias do primeiro. Nada obstante, admite que, a partir da compreensão que adota, chega-se a resultados jurídicos muito semelhantes. Nas palavras da autora: “[p]ara concluir pela incidência de um regime jurídico mais rigoroso no campo do direito administrativo sancionador, basta reconhecer suas próprias características, quais sejam: imposição de restrição de direito fundamental a um particular pelo Estado, com base na prática de ilícito. A partir daqui, deve passar a incidir, com fundamento na Constituição, uma série de garantias e normas protetivas do particular e delimitadoras do âmbito de atuação estatal” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 178).

⁵⁸³ Com relação aos dispositivos constitucionais sobre os quais entende se assentar o regime jurídico punitivo (referindo-se, não só, mas, particularmente, aos incisos II, XL, XLV, XXXV, XXXIX, LIII, LIV e LV, do art. 5º, da Constituição da República brasileira de 1988) Rafael Munhoz de Mello sustenta que: “[é] verdade que alguns dispositivos constitucionais acima mencionados fazem referência a expressões próprias do direito penal (“crime”, “pena”, “lei penal”) – o que não significa que os princípios jurídicos neles vinculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador. Tais princípios, corolários que são do princípio fundamental do Estado de Direito, nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional. É dizer, referidos

regime decorre da Constituição, enquanto para Daniel Ferreira, trata-se de um regime sancionador mínimo que se liga à própria Teoria Geral do Direito e à *função pública*⁵⁸⁴. Efetivamente, tem-se que as infrações decorrentes de ato de improbidade não podem – e nem deveriam – ser excluídas disso.

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

Em última análise, pode-se dizer que se não trata de uma mera conjectura. Uma interpretação como essa poderia sugerir que o legislador constituinte reservou espaços onde uma espécie de rompimento seletivo com aquela unidade de sentido que conforma a Constituição seria tolerável. Mas a própria ideia de uma ruptura excepcional é contrária a racionalidade que se assenta nessa unidade, a qual impõe que, em qualquer embate, os direitos individuais sejam priorizados.

Como bem coloca Helena Regina Lobo da Costa⁵⁸⁵, “o *ne bis in idem* pretende evitar [justo] uma ‘sobrereação do ordenamento jurídico’ e o abuso do poder estatal em face de direitos fundamentais”⁵⁸⁶; e isso é algo que afeta qualquer manifestação do *ius puniendi*. Logo,

princípios integrariam o ordenamento constitucional pátrio mesmo que a Constituição Federal não lhes fizesse referência alguma. Ocorre que tais princípios do regime jurídico punitivo decorrem da opção constitucional por um Estado de Direito. (...) Tratando-se de princípio constitucional fundamental, seus efeitos incidem sobre toda a ordem jurídica – o que inclui o regime jurídico que disciplina a imposição de sanções retributivas pela Administração Pública. Não se trata, portanto, de princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda manifestação do poder punitivo estatal, seja penal ou administrativa. Tampouco se trata de aplicar no campo do direito administrativo sancionador os princípios que são próprios do direito penal, mas apenas os que são comuns a ambos os ramos jurídicos, corolários da opção constitucional por um Estado de Direito” (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. 104-105).

⁵⁸⁴ Referindo-se, no final, também, ao art. 5º, da Constituição da República brasileira, o autor sustenta que “é a existência de um mínimo regime jurídico sancionador, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de *função pública*, através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente aplicação” (FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86).

⁵⁸⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 217.

⁵⁸⁶ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia: “[o] Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, se funda sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade

não se trata de algo que possa ceder lugar a uma independência entre instâncias que venha a encobrir, precisamente, isso.

punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária” (GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013). Ainda, conforme refere Rafael Munhoz de Mello: [m]uito embora seja também uma manifestação do poder punitivo estatal, ao lado da sanção penal, a sanção administrativa é tratada no direito brasileiro como se fosse medida punitiva de importância secundária, incapaz de atingir de modo grave a esfera jurídica dos particulares” (MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 5. n. 22, p. 25-57, out./dez.2005, p. 25).

3 A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA SANCIONATÓRIO COORDENADO E COERENTE

3.1 O “DEVIDO” PROCESSO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A esta altura, está firmada a base de fundamentação dos marcos que se tem por elementares para qualquer elaboração no campo da atividade sancionatória realizada pelo Estado; e, portanto, eles vão trabalhados, agora, como premissas.

Eis a primeira delas: sob o paradigma do Estado Constitucional argumentos tendentes a garantir a manutenção da ordem e das estruturas de poder, mais do que direitos e garantias individuais, não se sustentam, validamente. Dentre outras coisas, significa que, por mais comoventes que possam ser para a opinião pública – invariavelmente com o emprego de artifícios retóricos –, apelos contra a impunidade devem ser desconstruídos⁵⁸⁷.

Não quer dizer que o combate à corrupção seja questão de menor importância, mas que só é legítimo quando travado dentro dos limites de um devido processo legal onde o sentido de “devido” esteja atrelado aos referenciais axiológicos-normativos definidos pela Constituição.

Com Agostinho Ramalho Marques Neto, de saída, toma-se “os direitos humanos como o fundamento primeiro da legitimidade e como o limite último do poder do Estado e, de resto, de qualquer poder – político, econômico, judicial”⁵⁸⁸. Também, ainda em concordância com o mesmo autor, que “o Direito Penal só nasce como ‘direito’, distinguindo-se do mero ato de

⁵⁸⁷ Jesús-María Silva Sánchez registra a existência de uma doutrina de *luta contra a impunidade* que guardaria certa proximidade com alguns dos critérios subjacentes à máxima *nullum crimen sine poena*. Segundo ele, “após a queda dos totalitarismos, tanto a ideia inspiradora da máxima *nullum crimen sine poena* como as consequências a ela associadas permaneceram em um relativo segundo plano. Apenas excepcionalmente – como, por exemplo, a propósito da introdução no direito alemão, durante os anos sessenta, de uma regra de imprescritibilidade para certos delitos com efeito retroativo – pode-se observar, de algum modo, sua incidência”. Em compensação, ele registra que, com prestígio nos círculos acadêmicos e forenses e, certamente, na opinião pública, *doutrinas de luta contra a impunidade* vêm tomando corpo. O autor aponta que a boa fama delas se deve, em ampla medida, ao cenário em que foram forjadas: “o dos delitos contra a humanidade”; e diz que, “[a]ssim, evitar a impunidade tornou-se o mais ‘moderno’ dos fins do direito penal e, desde logo, em um dos fatores mais relevantes de modificação – durante a última década [esse artigo foi publicado originalmente em 2008] – do alcance dos princípios político-criminais clássicos. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Nullum Crimen Sine Poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima a punição do autor”*. *Revista Eletrônica de Direito e Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 2, n. 2, 2014.). O autor se refere aqui especificamente à política criminal, mas parece ser possível afirmar que esse (evitar a impunidade) se tornou um fim do sistema punitivo estatal como um todo.

⁵⁸⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Os direitos humanos como o fundamento e o limite do poder do Estado. Sua inobservância como prenúncio do estado de exceção. In: VESCOVI, Renata Conde; MOREIRA, Nelson Camatta (Org.). *Direito e Psicanálise: testemunho, memória, história*. Vitória: FDV Publicações, 2020. p. 267-278, p. 268.

vingança, quando se impõe *limites* ao poder punitivo. Mais do que ser um direito punitivo, o que o caracteriza é o estabelecimento de limites ao assim chamado *jus puniendi*⁵⁸⁹.

Tal perspectiva, nada obstante, comporta maior amplitude. Tem-se que ela reflete a única lógica capaz de sustentar qualquer manifestação estatal de cunho repressivo – seja no âmbito penal ou administrativo sancionador –, sobretudo porque se reconhece uma unidade fundamental na própria figura do Estado. Ou seja, por mais que ele possa se dividir internamente, para fins organizacionais, apresenta-se como uma coisa só, enquanto ente incumbido da garantia e da promoção dos valores constitucionais. Por isto, deve contas sobre o *quantum* de poder empregado na atividade sancionatória pelo conjunto; e não pelas partes, separadamente consideradas.

A consequência prática é a de que “devido” só pode ser o processo sancionador inteiro, reconhecido como aquele que congrega todos os subprocessos originados do acionamento simultâneo das diversas instâncias punitivas competentes para falar sobre um mesmo fato. Isto, inclusive, porque a aferição da proporcionalidade da força coercitiva aplicada para a resolução do conflito resulta inviável de outra forma. Notadamente, se o objetivo primeiro não é desagrar o soberano, mas manter dentro de limites toleráveis a ingerência estatal sobre a esfera individual de direitos de uma determinada pessoa, que se volta a solucionar os conflitos de interesses.

Manter o campo de verificação circunscrito à esfera de atuação de cada instância repressiva, com o propósito de resguardar – como um valor em si – a sua independência, parece ser alguma coisa que somente se sustenta quando outros referenciais compõem as premissas.

Em geral, o agravamento das tipificações e das sanções agradam maiorias ocasionais. Negar a independência entre as instâncias em prol de uma organização sistemática que acabasse com a existência de autoridades incumbidas das mesmas competências, implicaria, necessariamente, em suprimi-las (essas tais competências) em algumas situações, além de impor ao legislador maior ônus, em termos de articulação e coerência. Ou seja, isso acabaria eliminando ou restringindo territórios onde o poder punitivo funciona como ferramenta política; e dificultaria o manejo da estrutura para acomodar soluções contingenciais.

Pode-se dizer, nesta perspectiva, que a independência entre as instâncias termina por representar um desincentivo à formulação de estratégias sancionadoras integradas e

⁵⁸⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Os direitos humanos como o fundamento e o limite do poder do Estado. Sua inobservância como prenúncio do estado de exceção. In: VESCOVI, Renata Conde; MOREIRA, Nelson Camatta (Org.). *Direito e Psicanálise: testemunho, memória, história*. Vitória: FDV Publicações, 2020. p. 267-278, p. 269. (Destaque no original)

direcionadas, realmente, à solução dos conflitos, além de dar passagem a abusos e não contar com fundamento constitucional. Pelo menos não nos moldes em que é apreendida.

Por outro lado, chama atenção o diagnóstico de Pedro Estevam Alves Pinto Serrano e Anderson Medeiros Bonfim, apontando que um tipo de hipernomia, consistente na “produção de exceção em decorrência não da ausência, mas do excesso de normas”⁵⁹⁰, tem funcionado como mecanismo de exceção no Direito Administrativo Sancionador; e que isso é “consequência da crença na necessidade de exercício, pelo Estado, de indiscriminado poder e controle sobre a sociedade”⁵⁹¹.

Eles observam que, “[u]ma das características do contemporâneo autoritarismo está, ao invés da interrupção do Estado democrático pela instauração de um Estado de exceção, na inserção de mecanismos típicos de exceção no interior da rotina democrática”⁵⁹²; e que esse fenômeno de hipernomia se manifesta, nesse contexto, de duas formas: “pelo excesso de espécies normativas” e “em razão da indiscriminada adoção de conceitos jurídicos indeterminados em matéria de Direito Administrativo Sancionador”⁵⁹³, o que acaba por possibilitar que “o intérprete qualificado do dever-poder sancionador, valendo-se de regras e princípios, expresse normas de elevada intensidade”⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ O que fazem, nada obstante, ressaltando que a ideia de exceção – a qual trabalham, especialmente, a partir de Carl Schmitt e Giorgio Agamben –, “tanto no plano do Direito quanto no âmbito da Teoria do Estado e da Filosofia política, sempre se circunscreveu no campo da anomia, ou seja, da ausência de norma. Isto é, a relação autoritária do Estado com os indivíduos se dá por meio da suspensão de direitos pelo estabelecimento de uma espécie de soberania bruta, em que a vontade do soberano é imposta ao cidadão” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. *Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134, p. 133).

⁵⁹¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. *Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134).

⁵⁹² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. *Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134).

⁵⁹³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. *Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134).

⁵⁹⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. *Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção*. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134. Refletindo sobre outras questões que com estas se conectam, desde uma perspectiva penal, Ana Elisa Bechara nota que: “[n]o contexto de insegurança da sociedade pós-industrial, e a partir da marcada influência dos meios de comunicação, chega-se, portanto, a um Estado e a um Direito Penal de prevenção, no qual a produção normativa e os mecanismos decisórios reorganizam-se permanentemente na busca de respostas a uma situação de ‘emergência estrutural’. (...) Longe de aspirar à

Dentro um tal quadro, a textura aberta da linguagem, ao lado da vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, assume um papel decisivo. O intérprete munido do poder decisório, ao fim e ao cabo, aproveita-se disso para se arrogar no direito de lhes conferir a extensão e alcance casuístico que desejam, em detrimento, por exemplo, da segurança jurídica. Isso se dá, segundo os mesmos autores, sempre com a possibilidade, de “reinterpretar a norma geral e abstrata, da qual decorrerá, também de acordo com os interesses momentâneos, o sancionamento ou não da conduta e, ainda, aplicação de uma sanção que, desprovida de qualquer critério jurídico objetivo e previsível, oscila de acordo com as conveniências momentâneas”⁵⁹⁵.

Para Pedro Estevam Alves Pinto Serrano e Anderson Medeiros Bonfim, o fato de as sanções estarem lastreadas na lei, nessas condições, “não dá ao cidadão a garantia de que a aplicação normativa do sistema normativo sancionatório, por parte dos agentes incumbidos de sua execução, esteja ocorrendo segundo a lógica própria do direito e segundo os valores mais elementares do Estado democrático de direito”⁵⁹⁶. Diversamente, “[o] imbróglia normativo acaba por delegar a quem executa a lei o poder arbitrário, imperial, absolutista, de selecionar quem é atingido por essa norma e quem não é”⁵⁹⁷; e que nisto estaria “a essência da exceção”.

Se a realidade do exercício do *ius puniendi* dá margem para que uma ideia deste porte seja apresentada, fundamentadamente, com mais razão, ainda, a dinâmica sancionatória precisa

conservação de seu caráter fragmentário, referido modelo punitivo, também denominado de ‘Direito Penal do risco’, revela-se expansivo na medida em que compreende o reconhecimento de novos bens jurídicos, o adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução das exigências de imputação, (...). A partir do populismo anti-garantista, os agentes políticos têm provocado um caos legislativo que, longe de ser orientado por um autoritarismo ideológico – como o fascista e o nazista – ou conjuntural – como o derivado dos regimes militares – encontra origem em discursos de origem moral. No âmbito brasileiro, observa-se a partir da década de 80 do último século um fenômeno de inflação legislativa em matéria penal aparentemente relacionado ao movimento de *Law and Order*, sendo, porém, difícil reconhecer uma lógica ou racionalidade geral que permita identificar a adoção de uma política criminal determinada, mesmo repressiva. Na verdade, parece estar-se diante do uso da legislação penal para fins políticos e demagógicos, que nada tem a ver com as finalidades protetivas próprias do Direito Penal”. A autora alerta, então, para os riscos de se estimular uma cultura de emergência que privilegie de forma absoluta a eficiência do Direito Penal, dizendo que “a experiência histórica demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação tida como extraordinária acaba por converter-se em modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito” (BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 213-214).

⁵⁹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 134.

⁵⁹⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 136.

⁵⁹⁷ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137, p. 135.

ser revista. Porque quer dizer que a “esfera do indecidível” está sendo invadida e o “constitucionalmente impossível” suplantado.

Daí ser pertinente discutir novas hipóteses de organização, colhendo aportes da doutrina que se volta para o Direito Administrativo Sancionador e para o Direito Penal, para avançar na tentativa de consagrar um modelo sancionador condizente com o paradigma do Estado Constitucional e a sua matriz garantista.

3.1.1 A Questão da existência – ou não – de identidade entre os ilícitos penais e administrativos

Quando os delitos se caracterizavam como atos atentatórios à ordem estabelecida por Deus, não se tinha por necessário distinguir materialmente os ilícitos penais dos ilícitos civis, administrativos etc. A questão surge com o Iluminismo e a com cisão que a religião, a moral e o Direito experimentam, nessa altura, tornando-se, efetivamente, relevante, no contexto do Estado liberal⁵⁹⁸.

Diz-se que sob a influência do jusnaturalismo racionalista, Paul Johann Anselm von Feuerbach foi o primeiro a tentar estabelecer essa distinção, partindo de uma construção que ficou conhecida como teoria do Direito penal de polícia e pela qual apontava cuidar o Direito penal judicial ou criminal de ilícitos autênticos – naturais – e o Direito penal de polícia de simples ilícitos de polícia. Do ilícito penal decorreria lesão a um direito dos cidadãos ou do Estado, ao passo que a infração de polícia representaria uma violação ao direito do Estado à obediência, gerando não mais que um perigo ao ordenamento jurídico e à segurança⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Neste sentido: CERREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 49-51. Conforme recorda o autor, “[e]n el Estado policía del despotismo ilustrado no es posible distinguir claramente el Derecho penal del Derecho administrativo. No hay sino una división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas. Com el advenimiento del liberalismo el Derecho penal habría de convertirse em uno de los exponentes más finos del Estado de Drecho, al quedar vinculado el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidade de los delitos y las penas. La distinción sustancial entre delito e ilícito administrativo se hizo necesaria” (CERREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 49).

⁵⁹⁹ Neste sentido, dentre outros, CERREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 51; (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 215, p. 247). Nas palavras do próprio Paul Johann Ansel Ritter von Feuerbach, “[l]as acciones u omisiones que, pese a no lesionar em sí ni por sí mismas, derechos del Estado o de um súbdito, pero que prohiban o penen por su peligro para el orden y la seguridad jurídica, como también las pequeñas lesiones jurídicas cuya investigación y punición se transfiera por leyes especiales a las autoridades de policía, se llamarán contravenciones de policía” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Hirma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989, p. 390).

Com a ampliação progressiva da atividade administrativa, operada no seio do liberalismo social, a importância da questão se acentuou⁶⁰⁰. De um lado, tinha-se que o Estado precisava de meios coativos para desempenhar a atividade administrativa; de outro, um perigo de hipertrofia do Direito penal⁶⁰¹.

Pelo que se fala, movido por inquietações que já se relacionavam com isso – e avançando na ideia de Feuerbach –, James Goldschmidt vai propor em sua tese de habilitação à cátedra, nominada *A teoria do direito penal administrativo (Die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht)*, a clássica distinção entre os ilícitos penais e administrativos, de ordem qualitativa, que “parte das diferenças fundamentais entre o ser humano e a entidade estatal, para afirmar que, enquanto a administração se vincula ao bem público, o direito volta-se ao indivíduo”⁶⁰²; e que “enquanto o ilícito penal consistia em uma lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, o ilícito administrativo correspondia a um ato de desobediência ético-valorativa neutro”⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Sobre isto, Jorge de Figueiredo Dias conta que “[f]oi no tempo do Estado de Polícia iluminista que surgiu uma ampla esfera da Administração e um profuso ordenamento policial, todavia ainda sem subordinação a preceitos jurídicos. Com a *Revolução Francesa* porém a Administração juridifica-se e submete-se à legalidade, ao mesmo tempo que a actividade policial se concentra na proteção antecipada de perigos indeterminados para a consistência dos direitos subjetivos do cidadão; direitos subjectivos estes sobre cujo âmbito essencialmente se demarcava também a função protectiva do direito penal. De sorte que, quando foi necessário procurar um enquadramento jurídico para as ofensas ao exercício da referida actividade policial da Administração, ele foi encontrado no conceito de contravenção e assim dentro do direito penal e das suas formas infracção. A situação altera-se – por razões económicas, sociais, políticas e culturais bem conhecidas, que estiveram na base das duas Grandes Guerras – com a transformação da Administração numa “Administração conformadora”, que assume funções pertencentes a círculos progressivamente mais amplos do “cuidado com a existência” do próprio *Estado Social*” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 156).

⁶⁰¹ CERREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 51. Na observação de Jorge de Figueiredo Dias, “[a]presentando-se as penas criminais como medidas coactivas dotadas de particular efectividade, tornou-se inevitável a tendência para as fazer intervir sempre que se julgava necessário revestir os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de uma particular força de vigência” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 156-157).

⁶⁰² O ano era 1901, conforme indicam Aury Lopes Júnior e Pablo Rodrigo Alflen da Silva (LOPES JÚNIOR, Aury. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da Silva. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt, *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica*, v. 4, n. 3, p. 23-48, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_23-48/92>. Acesso em: 20 jul. 2019).

⁶⁰³ (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 247-248). Segundo Jorge de Figueiredo Dias, essa concepção repercutiu na esfera legislativa primeira na própria Alemanha (República Federal Alemã), após a 2ª Guerra Mundial, com a promulgação da Lei Penal da Economia, em 1949; e, em seguida da Lei das Contra-Ordenações, em 1952, admitindo-se, a partir dos estudos e recomendações de Eberhard Schmidt, a figura da contra-ordenação (*Ordnungswidrigkeit*) (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 156-157). No mesmo sentido, Ramón García Albero conta que, Erik Wolf trabalhou a tese de Goldschmidt a partir de uma perspectiva filosófica-jurídica; e que, depois, as ideias de ambos receberam novo impulso com a obra de Eberhard Schmidt, o qual, diferente dos seus antecessores, viu sua teoria refletida, concretamente, na lei alemã (GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400).

Posteriormente, outros autores também se dedicaram a procurar diferenças qualitativas entre os ilícitos penais e administrativos, alinhando-se a Goldschmidt. Mais adiante, porém, uma outra concepção ganhou adeptos, qual seja, a de que, em verdade, a diferença seria meramente **quantitativa**, na medida em que o ilícito administrativo apenas carregaria um menor conteúdo de injusto. A sanção para ele, de consequência, seria mais branda e determinada por critérios de conveniência e oportunidade, voltados a atender interesses específicos nutridos pelo Estado, em conjunturas diversas⁶⁰⁴.

Aos propósitos do presente estudo, mais do que dilatar essas posições para tentar dizer a quem, afinal, assiste razão, interessa saber se, de fato, está-se diante de um problema – são iguais ou diferentes? – e o que de concreto já se pôde verificar pela adoção de uma ou outra perspectiva.

Para começar, interessa mencionar que, em 1955, em obra intitulada *Derecho Penal Administrativo*, Enrique R. Aftalión⁶⁰⁵ se propôs a avaliar aspectos da tese Goldschmidt e apresentou conclusões de enorme valia em muitos aspectos, sobretudo, porque tomou o contexto como um dado.

Na visão desse autor, o direito repressivo ostenta uma unidade fundamental e as peculiaridades que marcariam aquilo que chama de direito penal administrativo não são essenciais e não têm um alcance lógico e ontológico, mas apenas dogmático-valorativo⁶⁰⁶. De todo modo, ele diz que eram louváveis os ideais (liberais) que agitavam Goldschmidt, visto que ao propugnar a teoria do Direito Penal Administrativo, o que pretendia era estabelecer uma

⁶⁰⁴ Neste sentido: BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 247-248. Nelson Hungria, por exemplo, filiava-se a essa corrente. Segundo ele, “não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (...) O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao *ilícito* penal. (...). A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que ‘existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo’ (*‘Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hütten’*). A disparidade entre um e outro - repita-se - é apenas *quantitativa*. (...). Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que *pena* seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, *e. g.*, a multa administrativa e a multa de direito penal. (...). A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (de direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em *via jurisdiccional*, isto é, não vigora a respeito delas o princípio *nulla poena sine iudicio ou memo damnetur nisi per legale iudicium*” (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 24-3, 1945.).

⁶⁰⁵ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955.

⁶⁰⁶ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 11-18.

fórmula capaz de distinguir ilícito penal e ilícito administrativo, a fim de que, com relação a este último, o legislador moderasse no *quantum* das penas que lhes seriam aplicáveis⁶⁰⁷.

Os tempos, porém, eram outros. Segundo o mesmo autor⁶⁰⁸, o Estado era o Estado gendarme, espectador dos jogos da lei, da livre concorrência e das liberdades de contratar e comercializar; o panorama das disposições penal-administrativas era reduzido, além de não se ter, ainda, a proliferação de regulamentações e penalizações que já se via naquele momento (ou seja, há 65 anos, quando Aftalión, então, escreveu a respeito). Além disto, na avaliação dele, tal construção não trazia nenhum inconveniente para a administração ou para os doutrinadores, os quais não tinham razão para não admitir como válida a afirmação de que os ilícitos penais e administrativos eram ontologicamente diferentes e discordar da sua emancipação e desligamento do tronco do Direito Penal.

Pois se o cenário alemão era esse e a solução pensada por Goldschmidt visava conter a expansão dos limites penais gerada pelo aumento da atividade administrativa – consequência que também teria sido sentida pelos italianos e franceses⁶⁰⁹ –, com os espanhóis foi diferente, segundo José Cerezo Mir. Lá, a própria Administração acabou munida de um poder sancionador desmensurado⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Do original: “Nunca hemos dudado de los ideales que creía defender JAMES GOLDSCHMIDT al propugnar su teoría del Derecho Penal Administrativo. Veía en ella una receta para distinguir esencialmente, ontologicamente, um ilícito penal del ilícito administrativo, y pensaba servir con ellas sus ideas liberales. A su juicio, la asignación de un carácter meramente administrativo a ciertas infracciones llevaría a los legisladores a moderar el quantum de las penas correspondientes, las que, por lo demás, no significarían una mácula, como ocurre con las sanciones penales. ¡Hermonos ideales, sin duda!” (AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 77).

⁶⁰⁸ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 79.

⁶⁰⁹ Tal como aponta José Cerezo Mir (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 52). A este respeito, um pouco mais detalhadamente, o autor italiano Daniele Labianca conta que, [I]e matrici storiche del fenomeno inflattivo di cui qui ci si occupa sono ravvisabili negli eventi bellici intervenuti, in Europa, tra il 1914 e il 1918. (...) La proliferazione di fattispecie incriminatrici si accompagna, com'è ovvio, all'abuso della sanzione. A livello europeo, le 'origini belliche' delle tendenze legislative caratterizzate dall'utilizzo massiccio di strumenti repressivi, penali o amministrativi, sono particolarmente evidenti nei sistemi tedesco, svizzero e francese. In Italia l'abuso sanzionatorio ha riguardato principalmente la sanzione penale” (LABIANCA, Daniele. *L'illecito penale - amministrativo tra disciplina interna e influenze convenzionali*. 309f. Tesi (Laurea in Diritto Penale II), Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Foggia, Foggia, 2014-2015, p. 55-56).

⁶¹⁰ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 52. No mesmo sentido, dentre outros: GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014, p.135-167; e ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿ Hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del Derecho Administrativo Sancionador. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001, p. 1416-1444.

Eis um outro efeito colateral a induzir uma outra preocupação, mesmo partindo de alguém inspirado, igualmente, por ideais liberais. Uma tese sustentando a identidade substancial das diferentes categorias de ilícito, com vistas a ampliar o espectro de garantias outorgadas aos acusados, nesta outra perspectiva, era, no mínimo, mais providencial⁶¹¹.

Alejandro Nieto García analisa essa ideia – ou seja, “de la ‘identidad substantiva de ambos ilícitos, penal y administrativo’”⁶¹² –, chamando-a de “tesis del supraconcepto de ilícito” e explicando que, por ela, foi possível criar na Espanha um sistema com estrutura piramidal, coroado pelo *ius puniendi* do Estado e para onde convergem, em linha ascendente, todas as potestades repressivas. Ele cita julgados para mostrar como os Tribunais espanhóis e europeus lidaram com a ideia desde a sua concepção⁶¹³; e reconhece que supra conceitos desse porte “ofrecen un excelente punto de referencia, que asegura la viabilidad del sistema y el funcionamiento mínimamente coherente de cada una de las Administraciones titulares de la potestade”⁶¹⁴.

Ainda, diz se tratar de uma construção jurídica digna de admiração, por conta de sua simplicidade, utilidade e porque tornou possível a aparição e o rápido amadurecimento de um

⁶¹¹ Em texto já citado no primeiro capítulo, Ramón García Alberó menciona textos de Parada Vásquez (também citado, antes, diretamente), Martín Retortillo e García de Enterría, todos datados da década de 1970, como marcos para a denúncia do uso excessivo do poder sancionador pela Administração e do “carácter prebeccariano” dessa postura, bem como para o desenrolar de um esforço doutrinário voltado à articulação de uma teoria do ilícito administrativo que incorporasse conteúdos garantistas já desenvolvidos pela ciência penal, sendo o motor dessa pretensão “uma consideración unitaria y sustancial de ambos fenómenos repressivos” (GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400). Também sobre a realidade espanhola, Alice Voronoff conta que, “[a]pós a II Guerra Mundial, a passagem para o Estado social também implicou um aumento dos tipos administrativos, mas concomitantemente ao reforço das sanções penais (e não em substituição a elas). Ademais, no contexto da ditadura franquista a que submetido o país (1939-1975), o processo de despenalização, quando adveio, não foi orientado por um viés liberalizador, mas serviu de instrumento a uma estratégia repressiva. (...) Isso explica, em grande medida, por que, passada a ditadura, houve um esforço notável da doutrina e dos legisladores espanhóis em torno da construção de um regime jurídico mais protetivo para o direito administrativo sancionador. Um regime assentado na extensão de garantias e princípios penais à esfera administrativa, com base na premissa teórica de um *ius puniendi* estatal único” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 42-43).

⁶¹² NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 149.

⁶¹³ Valendo destacar aquele que o autor qualifica como um julgamento histórico, o qual identifica por “STS de 9 de febrero de 1972 (Ar. 876; Mendizábal)”, transcrevendo os seguintes trechos da decisão que foi prolatada: “las contravenciones tipificadas [em um reglamento administrativo] se integran en el *supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal*, que exigen ambos um comportamento humano (juridicamente idêntico) [...] esencia unitaria que, si embargo, permite las reglas diferenciales inherentes a la distinta función para tal cual han sido configurados uno y outro ilícito” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 150).

⁶¹⁴ A este respeito o autor ainda elucida que: [a] un supraconcepto se llega ordinariamente cuando se ha constatado que varios de sus elementos son iguales. Lo que significa que carece de sentido seguirles tratando separadamente y que se impone, por tanto, considerarlos como miembros o variedades una figura única superior” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 152).

Direito Administrativo Sancionador contrastante com os modelos conhecidos até então, os quais teriam evoluído desde o ilícito de polícia, passando pelo Direito Penal Administrativo, até chegar no Direito Administrativo Sancionador⁶¹⁵.

Nada obstante – e sendo, nesta linha, indiferente a qualificação legal do ilícito –, o que importa, na visão do autor, não é o rótulo que o legislador coloca na mercadoria, mas as consequências que as diferentes etiquetas lhes vão atribuir, sendo que, independentemente de quais venham a ser, “es esencial que com su alteración no se degraden las garantías mínimas de su régimen”⁶¹⁶.

Daí que, na visão dele, a discussão que envolve a identificação ou diferenciação entre delitos e faltas administrativas, com autores ora afirmando ora negando serem idênticos – neste último caso, a partir de critérios ou qualitativos ou quantitativos –, gira em torno de um falso problema, sendo realmente importante determinar os respectivos regimes jurídicos ⁶¹⁷.

Nesse aspecto, merece consideração a posição sustentada por Yuri Corrêa da Luz, no sentido de que uma diferenciação quantitativa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador “acaba pressupondo que o ilícito administrativo sempre seria de menor intensidade que o ilícito penal, (...) o que, de *lege lata*, sabemos que não acontece”⁶¹⁸, o que faz com que essa forma de distinção padeça de um “problema de rendimento descrito”. Além disto, segundo o autor, ela acabaria por fundamentar a ideia de que “mesmo a mais grave das infrações administrativas deveria ser tratada com menor rigor do que a mais branda infração penal”⁶¹⁹, decorrendo daí, também, um problema de *lege ferenda*. Na realidade, para ele, tanto a distinção qualitativa, quanto a quantitativa, promovem “distinções *essencialistas*”⁶²⁰, de modo que melhor seria diferenciar as duas esferas por outros critérios, que não pela conformação dados aos comportamentos tidos por injustos. “Caso contrário, estaríamos aceitando uma distinção que naturaliza modelos de regulação construídos historicamente, o que nos levaria, diante de contextos cambiantes, a não mais conseguir explicar a realidade jurídica em que vivemos”⁶²¹.

⁶¹⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 150.

⁶¹⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 151.

⁶¹⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 152-162.

⁶¹⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011, p. 435.

⁶¹⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011, p. 436.

⁶²⁰ E, isso, precisamente, porque “não haveria, propriamente, nada que fizesse parte da ‘natureza’ dos comportamentos regulados por cada umas destas esferas”, nas palavras do autor (LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011, p. 436.). (Destaque no original)

⁶²¹ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011, p. 436.

Com efeito, desde uma perspectiva que se aproxima daquela que norteou Aftalión, Alejandro Nieto García observa que os juristas alemães que se debruçaram sobre a questão ao longo de mais de um século buscavam solução para vários problemas concretos⁶²². Dentre eles, destaca o de incluir – ou não – os ilícitos administrativos no Código Penal; e o de determinar se a sua repressão deveria – ou não – ser levada a cabo por juízes penais, além de mencionar que Feuerbach e Eberhard Schmidt militaram em uma dupla frente: a acadêmica e a política. Sobre a situação espanhola, diz que a ausência de debate sobre a legitimidade da repressão administrativa direcionada contra determinados ilícitos seria, também, um problema concreto – embora de outra ordem –, o qual permanece irresolvido. Mas que, no contexto do Estado de Direito, a teoria da identidade ontológica serviu para amenizar o problema que daí poderia advir, vez que, por ela, pôde-se defender a extensão das normas do Direito Penal – “comparativamente más evolucionado y, desde luego, más completo” – ao Direito Administrativo Sancionador⁶²³.

Nada obstante, seguindo a linha de raciocínio desse autor, tem-se que, partindo de uma concepção normativa dos ilícitos, nunca poderão ser consideradas decisivas as opiniões manifestadas por autores de outros países, em épocas diferentes e com referência a normas datadas. E isso, efetivamente, diz com a questão da unidade ou desigualdade ontológica dos ilícitos penais e administrativos, bem como das penas e sanções⁶²⁴.

Também segundo Alejandro Nieto García, “todas las tesis que han venido afirmando la diferencia cualitativa entre delitos e infracciones administrativas se han apoyado casi sin

⁶²² Neste ponto, vale acrescentar o que, em consonância com os autores já citados, Lucía Alarcón Sotomayor aponta, no sentido de que “[e]l origen del actual Derecho administrativo sancionador —no ya del antiguo Derecho penal administrativo o de policía— en Alemania y en Italia es completamente distinto al del nuestro. (...) En aquellos países, la Administración no ha tenido nunca una potestad punitiva tan amplia y habitual como la de la Administración española. Es más, hasta la mitad del siglo pasado, en Alemania e Italia el Derecho penal y el administrativo sancionador actual —más conocido este último como Derecho de contravenciones— no estaban separados, es decir, formaban un cuerpo único, puesto que las actuales contravenciones administrativas estaban tipificadas como delitos o faltas en el Código Penal alemán y en el italiano, y eran impuestas o revisadas por los jueces penales. Fue a partir de la década de los cincuenta cuando en esos países surgió la necesidad de acometer grandes procesos de reforma legislativa para «despenalizar» muchos de esos ilícitos y convertirlos en infracciones administrativas o contravenciones castigadas con sanciones en lugar de con penas. La hipertrofia a la que llegaron el Derecho penal alemán y el italiano a mediados del siglo pasado hizo necesaria esa despenalización en ambos países, pues en ellos no se conocía hasta el momento nada parecido a la prolija y tradicional potestad sancionadora de la Administración en España” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014, p. 135-167).

⁶²³ Segundo o autor, ainda com relação aos mencionados juristas alemães, “las tesis de Feuerbach y Eberhard Schmidt – en quienes concurría la doble condición académica y política – pasaron directamente, y con la misma pluma, de las monografías de sus autores al *Boletín Oficial*” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 159).

⁶²⁴ Nesse ponto questiona o autor: “¿qué es lo que quieren decir los Tribunales cuando afirman con tanta convicción que no existen diferencias ontológicas entre delitos e infracciones administrativas, entre penas y sanciones?” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 152).

excepciones en criterios no normativos, tomados de la moral o de la conciencia popular o de la política represora estatal o de la Teoría más especulativa del Derecho”⁶²⁵. Acontece que, entendida a expressão “ontológica” com referência ao “ser” ou à natureza dos ilícitos, dizer que não existem diferenças dessa ordem entre eles, implica afirmar que, na essência, são idênticos⁶²⁶.

Duas das ressalvas mais atemporais levantadas pelo autor partem desta constatação. A primeira é a de que, em termos reais ou não normativos, não dá para dizer nem que os ilícitos são iguais, nem que são diferentes. Trata-se de conceitos puramente normativos. “El ilícito no existe *en la realidad, es creado por la norma, de tal manera que sin norma no puede haber ilícito*. Sin norma que establezca una prohibición, no puede quebrantarse prohibición alguna”⁶²⁷. A outra, refere-se à inanição jurídica que ele atribui à apregoada identidade ontológica dos ilícitos, salientando que “aun suponiendo que ésta existiera, nada *impide al legislador tratar de modo igual a dos seres diferentes por esencia (hombre y mujer) o tratar de modo desigual a dos seres ontológicamente iguales* (libres y esclavos, nacionales y extranjeros)”⁶²⁸.

Os processos de descriminalização em curso em muitos países seria uma grande prova disto, segundo o autor. Por eles, claramente, vê-se que “los ilícitos serán penales o administrativos (y las acciones humanas serán lícitas o ilícitas) según lo que declare la norma en cada momento concreto”⁶²⁹.

Analisando decisões em que os Tribunais afirmaram não haver diferenças ontológicas entre os ilícitos, sanções e penas – e que se sustentam na existência de uma unidade originária do *ius puniendi* – Alejandro Nieto García diz que, quando muito, poder-se-ia falar – para evitar

⁶²⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 153-154.

⁶²⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 154.

⁶²⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 154.

⁶²⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 154.

⁶²⁹ Diz o autor, ademais, que “[l]a norma es soberana para regular y, en su caso, para calificar, siendo notorio que utiliza tal potestad con harta frecuencia. La Ley alemana de 1952 estableció una diferencia cualitativa entre delitos e infracciones administrativas; y con la misma autoridad la de 1968 abandonó esta actitud postulando una diferencia meramente cuantitativa; provocando con ello en la doctrina y jurisprudencia quiebros y vaivenes muy llamativos, que desconciertan al lector que no sabe localizar sus fuentes en el tiempo” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 155). Sobre o abandono dessa distinção qualitativa pelo legislador alemão, Ramón García Albero também registra a mesma data (1968), mas ressalva, em linha com outros autores citados, que “si las teorías del derecho penal pueden considerarse fracasadas en cuanto al criterio que ofrecen para discriminar lo penal de las meras infracciones administrativas, se ha puesto de manifiesto como en modo alguno pretendieron, más allá del establecimiento de pautas de despenalización, una configuración de lo ilícito y la sanción administrativa estructuralmente diversa y sujeta a menores garantías que el delito” (GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400).

mal-entendidos – de uma ontologia normativa⁶³⁰; e que se a consolidação dessa tese tivesse servido só para facilitar a aplicação do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, mereceria poucas objeções, “dado que podría fácilmente tolerarse su fragilidad dogmática pensando en las ventajas que representa para el perfeccionamiento del régimen jurídico”⁶³¹.

O problema, na percepção dele, é que “de la falta de diferenciación ontológica se ha deducido la existencia de unos supraconceptos en los que se refunden los conceptos o elementos individuales, apareciendo así las figuras genéricas y únicas del ilícito, de la punición y del *ius puniendi* del Estado”⁶³². Daí deriva uma contradição: a proposição que equipara ontologicamente os dois grupos de ilícitos não seria conciliável com aquela que, então, integra-os em um supra conceito superior comum. Em rigor, diz ele, “esta última supone una negación de ilícitos ya que la equiparación no tiene lugar em el nivel de lo específico sino en el nivel del género común y se trata, además, de um relación que media entre ele género (ilícito) y la especie (ilícito administrativo)”⁶³³.

Por outro lado, toda a teorização desenvolvida ao longo de mais de cem anos em torno da identidade ou desigualdade entre os ilícitos não serviu para evitar a conversão pelo legislador de infrações administrativas em delitos e vice-versa. Na prática, diz Alejandro Nieto García, “ya nadie puede dudar que las calificaciones no dependen del contenido material de los ilícitos (ni de su función nis de sus fines) sino que son meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como simples instrumentos”⁶³⁴. O diagnóstico é o de que, a raiz do problema estaria no fato de todo o trabalho doutrinário ter sido realizado no campo metanormativo, já que “para nada vincula al Legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios absolutamente coyunturales”⁶³⁵.

⁶³⁰ Para ele, a correta interpretação “de la pomposa ‘igualdade ontológica’” estaria refletida em uma decisão do Tribunal de Ravenna, datada de 21 de novembro de 1980, sobre a qual ele aponta ter se apoiado também a doutrina italiana, referindo-se diretamente a Rossi Vannini. Dela, extrai-se o seguinte, segundo o autor: “[I]a distinción entre delito e ilícito administrativo es, em nuestro ordenamento, solamente normativa, no estructural, puesto que la decisión de configurar um comportamiento humano como delito o como ilícito administrativo, aunque este inspirada normalmente por el criterio de la consideración de la importancia de los bienes jurídicos tutelados y de la gravedad de sua agresión, es no obstante y solamente el resultado de una decisión meramente discrecional fundada sobre criterios de política legislativa. El ilícito administrativo, por tanto, no se distingue conceptualmente del penal si no es por la especie de la sanción conminada en la ley, que es siempre una pena pecuniária administrativa” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 158).

⁶³¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 155-156.

⁶³² NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 157.

⁶³³ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 157.

⁶³⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 158.

⁶³⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 158. Na última edição de sua obra, seguindo a mesma lógica de raciocínio, o autor formula a seguinte síntese:

Diante disto e de outras coisas, o autor, então, apresenta a sua posição sobre o tema em quatro tópicos: no primeiro, sustenta que aceitar a identidade ontológica dos ilícitos – ainda que isso permaneça discutível – e, de consequência, que as potestades penal e administrativa sancionadora compõem um único e superior *ius puniendi* estatal, pressupõe o reconhecimento de todas as correlatas consequências jurídicas; no segundo, diz que, dentre elas, uma das mais importantes é a de que esse *ius puniendi* não deve ser norteado pelo Direito Penal, o qual representa apenas uma de suas vertentes, mas por um Direito público estatal; no terceiro, por consentâneo lógico, aponta que é por esse Direito público estatal que o Direito Administrativo Sancionador deve se pautar, visto que se atrela a ele e não do Direito Penal; e, por fim, no quarto, apesar de ressaltar não haver nenhuma necessidade lógica ou jurídica de que o Direito Administrativo Sancionador respeite precedentes do Direito Penal, sugere que isso é altamente recomendável, uma, porque “el Derecho público estatal no ha elaborado todavia una teoría útil sobre el ius puniendi del Estado que pueda luego aplicarse a todas e cada una de sus manifestaciones, a diferencia e lo que sucede con el Derecho Penal, envidiamente desarrollado, cuyas técnicas y experiencia sería necio desaprovechar por un escrúpulo sistemático”⁶³⁶; e, duas, porque “la garantías de los derechos individuales que ya ha consolidado el Derecho Penal deben ser de aplicación general”⁶³⁷.

Pois bem. Tem-se que este apanhado das ideias de Alejandro Nieto García carrega especial densidade e lança luz sobre questões relevantes, mas poderia ter aparecido de forma mais remissiva, fossem outras as circunstâncias. Todavia, com ele, pretende-se firmar uma base capaz de orientar novos pontos de vista para a discussão dos fenômenos atuais. Tudo neste tema, desde a volatilidade do legislador, que perdura – quiçá só aumenta –, até a questão da hipernomia, a administrativização do Direito Penal, o arrefecimento das garantias e da proteção aos direitos fundamentais etc., ao que parece, passa por considerar as questões levantadas por Nieto García.

“[i]ndependiente de la identidad, proximidade o separación de los conceptos de delito e infracción administrativa hay un extremo que debe quedar muy claro: en la medida en que se trata de dos figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana em delitos (...)” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 128).

⁶³⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 158.

⁶³⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 159.

3.1.2 A Simultânea ampliação do direito penal e da potestade administrativa sancionadora e a impossibilidade de *transplantes jurídicos*

Percebe-se em muitos autores uma grande preocupação em conter a expansão dos limites do Direito Penal, com críticas, por exemplo, aos crimes de perigo abstrato⁶³⁸, à tutela penal de bens ditos coletivos, ao desvirtuamento da proposta limitadora contida na teoria do bem jurídico, frente ao poder punitivo estatal, à tese da unidade do *ius puniendi* etc.; e, nesta direção, um esforço elogiável por manter firmes as estacas que separam as esferas repressivas, inclusive, com posições que investem na reafirmação de diferenças qualitativas e quantitativas⁶³⁹.

Neste espaço, porém, em vista dos propósitos da investigação, mais relevante do que esmiuçar essas variadas posições, parece ser tomar em conta o fato de que condicionamentos histórico-políticos exercem influência sobre os sistemas de infrações e sanções; e atentar para o alerta que faz Ramón García Albero, no sentido de que os resultados do longo debate sobre a diferença entre os ilícitos, “han sido utilizados como coartada para la defensa de postulados que no resultan consecuencia ineludible de casi cualquiera de las tesis asumidas”⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Tal como explica Ana Maria Lumi Kamimura Murata, “[o]s delitos de perigo, em uma leitura abrangente, podem ser distinguidos em duas categorias: de perigo concreto e de perigo abstrato. Na concepção clássica, a primeira modalidade tem o perigo como parte integrante do tipo, devendo este ser verificado caso a caso. A segunda, por sua vez, encontra a razão da incriminação no perigo, independentemente da produção de um resultado naturalístico. Não há no tipo de perigo abstrato referência a fenômenos externos à atividade tida como ilícita, sendo que a prática da conduta descrita exaure os aspectos objetivos do tipo penal. Estas técnicas de tipificação, em especial dos tipos de perigo abstrato, são muito utilizadas na tutela de bens jurídicos coletivos, cuja maior complexidade dos elementos, que envolvem e constituem o fato, demandam uma forte tendência normativa. Com a utilização do perigo abstrato, de forma acrítica, facilita-se o uso do Direito penal, pois, ao se presumir um perigo, prescinde-se do prejuízo e também da necessidade de demonstração da causalidade” (MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *Ofensividade nos Delitos Ambientais*. 145 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 78).

⁶³⁹ Neste sentido, por exemplo: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019; BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 247; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.75, p. 45-58, 2003.

⁶⁴⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales in memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzandi, 2001, p. 295-400. E nem se pode dizer que, mesmo quando bem intencionados, esforços de dissimulação foram feitos, já que, como observa Elisa Bechara, “[e]stabelecer a fronteira entre a sanção administrativa e a sanção penal, e, assim, entre o ilícito administrativo e o ilícito penal sempre foi considerado um dos maiores desafios no estudo de ambos os subsistemas jurídicos, havendo nesse campo amplas zonas cinzentas, a despeito das inúmeras concepções teóricas voltadas à determinação dos limites correspondentes a cada área” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 247).

Pois, se é assim – e é mesmo o que a reflexão de Nieto García parece confirmar –, analisar as questões que se colocam sob a lente dos postulados também pode ser produtora. Não para manipular a teoria pela via do discurso – e por aí tentar produzir algum tipo de guinada –, mas para evitar que construções que se não afiguram iniludíveis dificultem a ruptura com determinados anacronismos. Até porque, além de não encontrarem, necessariamente, confirmação nas teses que os sustentam, os postulados mudam e, também, podem sofrer manipulações voltadas a alcançar objetivos que se não coadunam com ele.

Ainda quando falava da distinção entre os ilícitos penais e administrativos proposta por James Goldschmidt e sobre o contexto em que foi trabalhada, Enrique Aftalión chamou atenção para o fato de que “nos es posible olvidar que una teoría, una construcción jurídica, no son otra cosa, filosóficamente hablando, que objetos de cultura”⁶⁴¹; e, portanto, que, uma vez postas em circulação, podem obter outros sentidos e inéditas ressonâncias, a depender de quem seja o intérprete. Toda construção jurídica, dizia ele, ainda que se pretenda ver nela uma categoria puramente lógica ou ontológica, alberga ingredientes histórico-contingentes e importa, querendo ou não, uma concreta tomada de posição axiológica frente à experiência jurídica⁶⁴².

A posição de Aftalión se aproxima daquela que é defendida por Pierre Legrand⁶⁴³, quando, ao apontar a impossibilidade de **transplantes jurídicos** entre sistemas jurídicos⁶⁴⁴, sustenta que nenhuma regra existe desprovida de conteúdo semântico – porque nenhuma regra pode existir sem significado –, mas que nenhuma regra é completamente autoexplicativa. O seu significado está pressuposto, ainda que virtualmente; e, portanto, o significado de uma regra é acontextual, mas é, também, uma função da aplicação da regra pelo intérprete.

E essa atribuição de significado, segundo Legrand, “está predisposta pela forma como o intérprete compreende o contexto em que a regra surge e pela maneira como este molda suas

⁶⁴¹ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 78.

⁶⁴² Nas palavras do autor, “[e]s obvio que el creador de un objeto de cultura – sea un soneto, una estatua ou una teoría – pone en su quehacer un determinado sentido, pero nos es menos cierto que una vez lanzado a la circulación, el sentido originario no permanece congelado, sino que, por un sino ineludible, sólo perdura y cobra vida – com inéditas ressonâncias –, cuando es remozado por nuevos intérpretes” (AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 78-83).

⁶⁴³ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

⁶⁴⁴ Pierre Legrand rejeita a posição sustentada por Alan Watson, um dos principais autores a empregar o termo *legal transplants*, para dizer que a simples transferência de regra de um país para outro, ou de um povo para outro, seria possível, independentemente, de qualquer ação social, histórica ou cultural, ao argumento de que não existiria uma conexão estreita entre a lei e a sociedade (WATSON, Alan. From Legal Transplants to Legal Formants. *The American Journal Of Comparative Law*, Vol. 43, n. 3, p. 469-476, 1995).

perguntas”⁶⁴⁵; e esse processo é afetado por quem ele é e onde está e, em alguma medida, conseqüentemente, pelas respostas que ele, de antemão, espera encontrar. “O significado da regra é, portanto, uma função dos pressupostos epistemológicos do intérprete que estão, eles próprios, histórico e culturalmente condicionados”⁶⁴⁶.

Ademais, conforme o mesmo autor, uma interpretação é sempre um produto subjetivo, o qual, por sua vez, necessariamente, é também um produto social. Ou seja, é “o resultado de uma compreensão particular da regra que é condicionada por uma série de fatores (muitos deles intangíveis) que seriam diferentes se a interpretação tivesse ocorrido em outro lugar ou em outra época (pois, então, os intérpretes estariam sujeitos a diferentes cargas culturais)”⁶⁴⁷.

E indo mais longe, ele alerta que “uma interpretação é o resultado de uma distribuição desigual de poder social e cultural dentro da sociedade como um todo e dentro de uma comunidade interpretativa em particular (juizes vis-à-vis professores, e assim por diante) e opera, por meio de articulações repetidas, para eliminar ou marginalizar alternativas”⁶⁴⁸. Acaba que a interpretação que ganha prevalência é produto de “convenções epistêmicas produzidas como resultado de lutas por poder que são elas próprias não epistêmicas (o que significa que as

⁶⁴⁵ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014, p. 18.

⁶⁴⁶ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014, p. 18.

⁶⁴⁷ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014, p. 19. Seguindo a mesma linha de raciocínio e desafiando a ideologia metodológica prevalente no campo da *comparative law*, Simone Glanert, defende que toda compreensão é um evento, um senso de acontecimento que não pode ser apreendido por um método, sendo necessário entender o que acontece conosco para além e acima do que esperamos ou fazemos. Segundo ela: “we should learn to understand ourselves better and recognize that in all understanding, (...) the efficacy of history is at work” (GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81). Tratando dessa e de outras questões correlatas, mas com enfoque na História do Direito, Michael Stolleis também apresenta ideias que ajudam a ampliar o alcance da discussão, sob o pressuposto de “a problemática (como sempre aparece) da pré-compreensão e do círculo hermenêutico é inevitável”. E, como aponta, “[n]ão há um caminho seguro no passado, que seria pavimentado com ‘fatos objetivos’ inquestionáveis. O passado como construção é sempre recriado, ao mesmo tempo em que as notícias de todas as formas são lidas, interpretadas e unificadas nas imagens mais coerentes possíveis. Determinar como foi ‘realmente’ ou ‘de verdade’ é impossível, porque os próprios processos, no momento da sua formação, são percebidos de maneira multiperspectiva e tradicional. (...) A reconstrução histórica dos significados, que os falantes e autores antigos resolveram nos seus (sob o nosso ponto de vista) textos juridicamente relevantes, emana da formulação classicamente transformada de que o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem e a própria linguagem é o veículo do pensamento. (...) Quando se trata do sentido das palavras, torna-se questionável a diferença entre palavras e conceitos, pois a classe de palavras aprisionada pelo neologismo do século XVIII (‘conceito’) geralmente se relaciona com a ideia de afirmações ontológicas fixáveis, enquanto a experiência histórica demonstra que a linguagem e, assim, os sentidos das palavras, sempre permanecem variáveis” (STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Trad. Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 90-93).

⁶⁴⁸ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014, p. 19.

outras interpretações em oferta também teriam promovido a compreensão da regra caso tivessem sido adotadas, embora não da mesma forma)⁶⁴⁹.

Tudo isto se relaciona com a discussão ventilada, antes, a respeito do pensamento jurídico, com remissão à doutrina de outros autores, dentre os quais Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer; e, em grande medida, explica os desvios de percurso e as adaptações que a ideia da separação dos poderes sofreu durante as viagens que fez⁶⁵⁰.

Toca, também, com a questão das **traduções**, tema que, para Peter Burke⁶⁵¹, é – ou deveria ser – central no estudo da história cultural, sobretudo pela destacada importância que atribui às seguintes perguntas: “[q]uem traduz? Com quais intenções? O que? Para quem? De qual maneira? Com quais consequências?”⁶⁵². O autor aponta que as traduções de textos desempenharam papel central em movimentos culturais como o Renascimento, a Reforma, a Revolução Científica e o Iluminismo; e que a propagação deste último pode, em alguma medida, ser mensurada pelas traduções de Montesquieu e Locke. Alerta, porém, que essas

⁶⁴⁹ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014, p. 19.

⁶⁵⁰ Nesta linha – e aliando à compreensão comparativa uma perspectiva histórica –, o autor espanhol Luis Sanchez Agesta concede importantes aportes para o estudo do tema da divisão dos poderes, especificamente. Primeiro, observa que “la ideología y las funciones políticas que se proponen a las instituciones explican sus analogías; las diferencias se fundan no sólo en reacciones frente a un modelo anterior, sino en las diversidades sociales, económicas y en otros factores de la historia”. Depois, explica que “[l]a recepción de los principios y de las instituciones que los encarnan se matiza por nuevas interpretaciones en la medida en que se adaptan a nuevas situaciones concretas al adecuarse a tradiciones o circunstancias sociales diversas, o se recrean por la invención humana, o se ajustan en un nuevo sistema político en que el principio de coherencia de un orden les impone un nuevo perfil”. E, então, sobre a evolução do sistema representativo no Ocidente, relata que “[e]n ciertos pueblos, respondiendo a principios comunes explícitos o implícitos, en nuestro caso el principio de división de poderes como condición de la libertad, ese principio se ha traducido en un sistema de instituciones políticas. Otros pueblos de análoga cultura han recibido ese principio y lo han proyectado sobre su propio orden, reinterpretándolo, adaptándolo a sus condiciones sociales o quizá a ciertos recuerdos de su historia. El equilibrio entre la Corona y el Parlamento inglés como signo de la libertad y la participación representativa ha sido en cierta medida el abuelo o el padre de la relación entre las asambleas parlamentarias y el poder ejecutivo; la república presidencial americana y la unión de las antiguas colonias en un vínculo federal con una enumeración expresa de los poderes legislativos del Congreso como órgano de la Unión y una definición implícita del órgano ejecutivo que daba efectividad a los acuerdos del Congreso fue el otro modelo de las estructuras presidenciales y federales. En uno y otro caso estas instituciones realizaban el principio del gobierno representativo como una ideología constitucional de la libertad, con interpretaciones fundadas en la técnica de la división de poderes, bien se entendiera como una *división funcional* o una *división territorial* del poder. Todos los países que aspiraban a realizar una estructura constitucional fundada en la libertad y el gobierno representativo han imitado esos modelos en un proceso histórico sucesivo, que al adaptarlos a sus circunstancias sociales y a su tradición se han ido matizando para definir modelos históricos concretos que representan la recepción y evolución de esos principios centrados en la técnica de la división de poderes” (SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y División de Poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [S.l.], v. 1., n. 3, p. 9-42, Set./dic. 1981).

⁶⁵¹ BURKE, Peter. Cultures of translation in Early modern Europe. In: BURKE, Peter; HSIA, R. Po-chia (Ed.). *Cultural Translation in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 10-38.

⁶⁵² Do original: “Who translates? With what intentions? What? For whom? In what manner? With what consequences?” (BURKE, Peter. Cultures of translation in Early modern Europe. In: BURKE, Peter; HSIA, R. Po-chia (Ed.). *Cultural Translation in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 10).

traduções cobram um preço, já que que os tradutores têm suas próprias agendas, as quais podem não coincidir com aquelas que moviam os escritores originais.

Se, no contexto brasileiro atual, a ampliação dos limites do direito penal é notável, não é menos certo que, nas demais esferas onde o poder repressivo estatal se manifesta, o avolumamento das imputações também se faz sentir; e nem sempre com menor gravidade, no que diz com potencial aflitivo das respectivas sanções⁶⁵³. Ou seja, os dois fenômenos estão acontecendo em paralelo: ao lado da hipertrofia do direito penal, o robustecimento da potestade administrativa sancionadora⁶⁵⁴. E, para além disto, a jurisdição ordinária, em suas variadas divisões por especialidade, a pretexto de estar protegendo diferentes bens jurídicos – o que é questionável –, vem operando de forma desorganizada.

Ainda, no âmbito legislativo, encontra-se em franco desenvolvimento uma tendência de deslocamento das imputações da esfera penal para outras esferas – justo –, para aliviar a carga protetiva que ela carrega. Sem falar das múltiplas situações em que o acionamento simultâneo das duas instâncias é viável⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Na visão de Helena Regina Lobo da Costa, por exemplo, nem há como dizer que o Direito Administrativo sancionador possui diminuta gravidade. Segundo ela, “[s]uas sanções são bastante gravosas e implicam em importantes limitações de direitos fundamentais”, além de haver uma “imensa coincidência de conteúdos entre sanções administrativas e sanções penais” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 169).

⁶⁵⁴ Neste sentido Marion Bach afirma: “[h]á algum tempo um fenômeno vem ganhando força – em extensão e intensidade: a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo. Mais especificamente, o direito penal caminha, a largos passos, em direção ao direito administrativo, dando ensejo ao que hoje se conhece por administrativização do direito penal. De outro lado, o direito administrativo caminha, também a largos passos, em direção ao direito penal, se tornando cada vez mais sancionador” (BACH, Marion. *Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa*. Disponível em: <<https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>>. Acesso em: 03 mar. 2021). Alice Voronoff, por sua vez, percebe uma “espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de ‘administrativização’ de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, aliás, a superposição das duas estratégias punitivas” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 31-32). Ana Carolina Carlos de Oliveira, na mesma direção, aponta que “hoje há um cenário de sobreposição no qual podemos verificar que a transferência da conduta descrita como tipo penal para o Direito administrativo sancionador não significa sua descriminalização, senão o reforço da norma penal (muitas vezes sob a alegação da relevância do bem jurídico protegido). Também muitas vezes a incorporação de proibições administrativas ao catálogo de sanções penais não reflete a eliminação desta conduta do conjunto do Direito administrativo sancionador” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 91).

⁶⁵⁵ Por sinal, seguindo a linha de raciocínio de Alice Voronoff, tem-se que, se um breve retrospecto histórico revela “fluxos pendulares na transferência de condutas do direito administrativo para o penal e vice-versa”, com alternâncias relacionadas às peculiaridades históricas de cada país, mas, não raro, impulsionadas por propósitos garantistas, agora, vê-se “cada vez mais a disciplina administrativa de condutas antes restritas ao âmbito penal (e vice-versa) não como uma estratégia de substituição de políticas públicas, mas como meio de reforçar o aparato punitivo estatal”. Na visão dela, o movimento atual é, efetivamente, de “sobreposição de iniciativas nos campos penal e administrativo, em um arranjo não linear, imprevisível e dinâmico”, em contraposição às “influências mais

Daí que, até que se vislumbre uma realidade de apego a critérios de imputação voltados a inviabilizar um tal estado de coisas – e, com isso, tipificações determinadas não só por razões político-legislativas –, mais do que fazer força para empurrar para fora do direito penal ilícitos que não ostentem a dignidade necessária, parece ser determinante vigiar e se insurgir quando, aqueles que ostentam, forem levados para fora, sem as necessárias garantias; e, por conseguinte, militar para que essas mesmas garantias não fiquem confinadas no Direito Penal. De outro modo – é sintomático –, pode-se acabar contribuindo para facilitar as escolhas daqueles que detêm o poder decisório e o empregam de forma punitivista.

Neste ponto, cumpre lembrar que, na quinta edição de sua principal obra, Alejandro Nieto García nem trata da questão da existência – ou não – de identidade ontológica entre os ilícitos administrativos e penais. Ele toma essa discussão por descontada⁶⁵⁶ e, então, acena no sentido de que o importante – mesmo – é trabalhar em prol da elaboração de uma Parte Geral para o Direito Administrativo Sancionador, a despeito das muitas dificuldades que isso possa implicar, diante da vastidão das regulamentações esparsas existentes. A tal conclusão chega, por perceber que as relações jurídicas de repressão, nos países que contam com uma Parte Geral, são muito mais seguras, notadamente, naqueles que possuem textos normativos de qualidade, como a Alemanha, a Itália e o País Basco⁶⁵⁷.

Por mais que diferenças normativas possam, em um segundo momento, vir a conferir especificidades à atuação do ente estatal em cada um dos campos de manifestação coercitiva, com o que ditames especiais poderiam ter cabimento, tem-se que, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, da própria Constituição – mais especificamente, do regime sancionador que ela dita, por seus princípios – se extrai a base para elaboração de uma Parte Geral para o Direito

demarcadas observadas nos séculos anteriores (ora de criminalização de condutas, ora de ‘administrativização’ de condutas)” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 43).

⁶⁵⁶ Até mais do que isso. Pode-se dizer que a posição crítica de Alejandro Nieto, nesse assunto, ficou até mais aguda, como se percebe na seguinte passagem: “Con MATTES (y con SUAY y con LOZANO) sobre la mesa es muy fácil escribir una tesis doctoral en la que cualquier erudito a la violeta haga disquisiciones pretendidamente profundísimas sobre las esencias históricas y presentes del Derecho Administrativo Sancionador o sobre las identidades ontológicas de delitos e infracciones, de sanciones y penas. Pero a mí personalmente no se me alcanza, ni se me ha alcanzado nunca, el provecho intelectual o jurídico que puede obtenerse de conocer un repertorio de autores de los que se dice que sostuvieron la tesis de la naturaleza administrativa de las infracciones, así como de constatar en otro repertorio, no menos largo, que otros dijeron que su naturaleza era idéntica a la penal, y, para colmo, leer una tercera lista de tesis << eclécticas >> y otras simplezas por el estilo. Antes he hablado de escándalo por el tiempo perdido al leer (no ya al escribir, que es problema personal del autor) tales cosas. Ahora añado indignación porque, de ordinario, al leer directamente a los así resumidos y clasificados puede comprobarse que lo que se cuenta en tales resúmenes es um falsificación o mala inteligencia. Sea como fuere, confío en que el lector me agradezca la poda despiadada que he hecho de las referenciais mil veces repetidas, que sepa manejarse solo com ayuda de la bibliografía indicada (si es que le interesa) y que, em fin, juzgue por sí mismo del valor del grano minúsculo que he conservado del inmenso montón de paja acumulada inútilmente en las eras de la erudición” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 21-22).

⁶⁵⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 23.

Administrativo Sancionador. Também que, nas ocasiões em que se apresente, senão igual, de forma muito parecida com o Direito Penal, não deve haver matização de garantias.

Os níveis de gravidade dos ilícitos podem variar e, de consequência, o peso da intervenção coercitiva do Estado, o que não se ignora. Mas “a atual afluência, derivada da criação de ilícitos administrativos e penais praticamente idênticos, acarreta sobreposição normativa, conflitos na aplicação do direito e, especialmente, consternação e perda de autoridade, em razão de o destinatário ter margem de segurança jurídica bastante reduzida”, tal como aponta Helena Regina Lobo da Costa⁶⁵⁸. Por isso, com a mesma autora, tem-se que a solução passa por uma delimitação mais certa dos ilícitos pelo legislador, dentro de uma política sancionadora integrada. Até porque, como ela aponta, “a própria ideia de subsidiariedade exige a formatação de uma atuação refletida, conjugada e coordenada entre direito penal e direito administrativo”⁶⁵⁹. Além disto, a concepção de independência entre instâncias que rejeita a aplicação da vedação ao *bis in idem* em face da cumulação de sanção administrativa e pena aos mesmos fatos, não se adequa a um conceito de ilicitude ou antijuridicidade penal, que “obrigatoriamente determina vinculação entre as instâncias para a estruturação do ilícito criminal”⁶⁶⁰.

Logo, frente aos postulados que, hoje, devem nortear o uso de força coercitiva pelo Estado, no específico âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, parece mais acertado pensar e falar de uma interdependência entre as instâncias.

3.2 A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DE MODELOS ANACRÔNICOS E A INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

A interrogação da qual se parte é: quão adequada à matriz axiológico-normativa que compõe a racionalidade interna do sistema constitucional brasileira ainda é – se é que um dia foi – a construção que levou à consagração da independência entre as instâncias?

⁶⁵⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 124.

⁶⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 124.

⁶⁶⁰ Sobre o que chama de “paradigma de ‘independência entre instâncias’”, a autora ainda sustenta que ele “constrói um modelo que pouco se coaduna a com ideia de unidade da ordem jurídica, com um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 222 e 119).

Em termos amplos, frente ao traçado preliminar de ideias posto, tem-se que a resposta passa por reconhecer que, mais do que tentar demarcar os limites das épocas, para identificar quantos e quais significados as figuras dogmáticas envolvidas na análise receberam em cada uma delas, importa perceber a variabilidade histórica das formas que lhe foram atribuídas; que essas formas foram moldadas para solucionar problemas concretos; e – mais – que a importação delas, com maiores ou menores ajustes, simboliza, em si, o triunfo de determinados interesses.

Pois bem. A realidade sobre a qual o *ius puniendi* se projeta não é estática. Desde a sua assunção pelo Estado, além das variações de contexto, seguiram – e seguem – mudando os focos de ingerência, ou seja, as situações que atraem ou reclamam a sua manifestação, o que não deixa de ser sintomático. Trata-se de um dado que se conecta com as circunstâncias políticas e com o aumento da complexidade das relações sociais e econômicas; e este parece ser o primeiro pressuposto a ser tomado em consideração, neste ponto.

Para mostrar como o ordenamento brasileiro aceita entes estatais desempenhando funções não exatamente vinculadas às suas atividades típicas diversos exemplos poderiam ser cogitados⁶⁶¹. Mas não é só isso o que, empiricamente, revela que o Estado não opera a partir de uma separação rígida entre os chamados poderes; e, da mesma forma, que a autoridade repressiva que detém já é, em muitos domínios, marcada por uma interdependência entre as esferas competentes.

Sobre este assunto, embora tendo em mira, mais especificamente, o quadro regulatório das atividades econômicas de interesse geral no sistema jurídico português, Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão indica que os mesmos eventos que levaram a que o Estado passasse de provedor direto a garantidor de determinados interesses coletivos, no curso dos processos de desestatização e liberalização dos mercados econômicos iniciados nos idos de 1980 – pelo que passou a ser chamado Estado de Garantia –, fizeram com que o Direito Contra-Ordenacional⁶⁶² assumisse feições novas e muito particulares⁶⁶³.

Em sintonia com outros autores antes citados, ele sustenta que o próprio paradigma socioeconômico de cada época – e o correlato papel atribuído ao Estado –, desvela-se na gênese e na evolução desse ramo do Direito, por representar, em alguma medida, uma de suas formas

⁶⁶¹ As Agências Reguladoras são exemplo emblemático disto: atuam na determinação do regime regulatório da atividade regulada, no processo regulatório – com atribuição, inclusive, para punir os infratores –, mas integram a estrutura do Poder Executivo. Ou seja, na sua atuação confluem, simultaneamente, manifestações típicas dos três tradicionais poderes do Estado.

⁶⁶² Que equivale ao que no Brasil e em outros países se chama por Direito Administrativo Sancionador.

⁶⁶³ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 355-364.

de expressão⁶⁶⁴. E, então, aponta que o amplo e complexo contexto que levou ao recuo da intervenção direta do Estado na economia concede evidências de que o paradigma sancionatório no seio do qual o Direito das Contra-Ordenações foi concebido, definitivamente, não é o mesmo que, por ele, exprime-se, hoje⁶⁶⁵. Esta é uma constatação que, como ele diz, é “tanto mais significativa quanto se sabe que o direito económico foi o reduto onde a doutrina alemã, sob a batuta de Eberhard Schmidt e a influência do direito penal administrativo, fez nascer o direito de mera ordenação social”⁶⁶⁶.

Ao fim e ao cabo, o que Nuno Brandão procura demonstrar é que o alargamento do raio de abrangência desse ramo do direito, bem como a acentuação da severidade das respectivas sanções, são efeitos de uma série de mutações sociais e económicas, que culminaram – justo – na emergência de um novo paradigma sancionatório. No mesmo ritmo em que o Estado foi se retirando da economia, novos campos de regulação económica e social foram se abrindo, sendo a ampliação da malha normativa consequência disto, ou, nas palavras

⁶⁶⁴ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 353.

⁶⁶⁵ Sobre a realidade portuguesa, onde, neste particular, a influência alemã foi – e é – marcante, Nuno Brandão conta que: “[q]uando é introduzido no ordenamento jurídico português, o direito contra-ordenacional aparece umbilicalmente ligado a um movimento descriminalizador dirigido a uma purificação do direito penal, mas surge também imerso num modelo de Estado marcadamente dirigista e interventor na economia, (...)”; que “foi também o caldo de cultura do Estado social que na Alemanha concorreu para a criação e expansão do direito de mera ordenação social, sendo o ideário da socialidade levado ao discurso legitimador do sistema contra-ordenacional em autores germânicos que tanto influenciaram o pensamento português como Gallas, Lange, Michels ou Jescheck. Não propriamente, é certo, uma socialidade como aquela para que enveredava a nossa Constituição de 1976, com largas concessões a um socialismo do tipo colectivista, mas antes uma com as feições da social-democracia da Alemanha ocidental do pós-guerra. Foi este modelo do Estado de direito social penetrado pela ideia rectora da *Daseinsvorsorge* em voga na Alemanha e nas demais democracias da Europa ocidental do pós-guerra que, não obstante a deriva colectivista na versão originária da nossa Constituição, foi claramente tido em vista pela doutrina portuguesa que impulsionou a criação entre nós de um direito de mera ordenação social¹³⁵² e estabeleceu as suas bases doutrinárias. O nosso direito contra-ordenacional vai pois colher a sua legitimação não apenas ao ideário liberal que marca o movimento de purificação do direito penal, mas também ao ideário da socialidade caracterizador das sociais-democracias europeias. Nelas, o Estado deve acorrer a uma pretensão de bem-estar que é socialmente assimilada como desígnio fundamental da comunidade” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 356-357).

⁶⁶⁶ A questão foi tratada no item anterior, mas não parece despicendo acrescentar, neste ponto, que Nuno Brandão ressalta que “a cisão de cariz radicalmente qualitativo que, no âmbito económico, Eberhard Schmidt procurou incansavelmente traçar entre crimes e contra-ordenações fundou-se numa distinção entre dois espaços de interesses juridicamente reconhecidos pelo direito económico: de uma banda, o dos bens jurídicos (*Rechtsgüter*), coincidente com o dos interesses vitais económico-materiais; e de outra banda, o dos bens administrativos (*Verwaltungsgüter*), correspondente a um diferente tipo de interesses, radicados na relações entre a administração e os particulares, no âmbito dos quais estes figurariam como órgãos auxiliares daquela. Dos bens jurídicos ocupar-se-ia o direito penal; e dos bens administrativos, o direito de mera ordenação social, que não deveria aspirar a ir além desse reduto dos interesses administrativos” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 414).

do autor, precisamente, “o reverso da medalha dos movimentos económicos de privatização e de liberalização da economia”⁶⁶⁷.

Decorre que aquele direito que deveria ser de mera ordenação social, passa a ter novas funções e diferente envergadura. Mesmo porque o Estado recua, mas não se desincumbe do ônus de zelar pela satisfação daqueles interesses cuja prossecução direta é transferida à iniciativa privada, de modo que ele não sai de cena, tampouco enfraquece. Por sinal, neste sentido, Nuno Brandão lembra ser lugar comum afirmar que “o emagrecimento do Estado não implicou um regresso ao *laissez-faire* e que de modo algum pode o novo paradigma da estadualidade ser conotado com o ideário do Estado mínimo”⁶⁶⁸, dado ser imanente à responsabilidade de garantia a obrigação de resultado.

Não parece ser necessário tecer longas considerações para justificar a conclusão de que a realidade brasileira, em muito, assemelha-se com essa de que trata o autor português, tanto porque impactada pelos mesmos eventos, como porque, para dar conta deles, seguiu direção similar⁶⁶⁹. Pode-se dizer, ademais, que aquela mudança de paradigma sancionatório que se atrela a isso não produziu efeitos visíveis apenas no âmbito da regulação das atividades de interesse geral⁶⁷⁰.

Com efeito, uma série de distensões nos cenários econômico e financeiro, que desembocaram em duas grandes Guerras Mundiais, na Quebra da Bolsa de Nova Iorque, em

⁶⁶⁷ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 364.

⁶⁶⁸ Segundo o autor, “[n]a verdade, diversamente do Estado liberal de oitocentos, o Estado contemporâneo está longe de poder ser qualificado como um Estado abstencionista que não interfere na economia senão praticamente só para traçar e assegurar os quadros institucionais da actividade económica. Bem pelo contrário, não raro é ele hoje visto e, frequentemente com razão, criticado pela sua intromissão tantas vezes sufocante e exasperante na vida quotidiana dos cidadãos e das empresas” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 384-385).

⁶⁶⁹ Cumpre mencionar, nada obstante, que Marcelo Neves relaciona a crise cafeeira brasileira com a grande crise econômica mundial de 1929, por exemplo (NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 184). Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, no mesmo sentido, contam que, “[e]m 1929, a crise econômica mundial, inaugurada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque, atinge em cheio o país, gerando desemprego e recessão”; que isso contribuiu para o fim da República Velha e para que a “questão social” ganhasse vulto; e que a Constituição brasileira de 1934, então, trouxe as primeiras regras de proteção ao trabalhador urbano e, também, normas de inspiração nacionalista, que ampliaram a intervenção do Estado sobre a economia (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 116-117).

⁶⁷⁰ Neste sentido, em termos mais gerais, Pablo Rodrigo Alflen da Silva aponta que “[a] atitude da literatura jurídico-penal mudou de forma exasperado já a partir da metade do século XX, pois a multiformidade e a complexidade da vida em face dos problemas resultantes, tanto nos países desenvolvidos como naqueles que estão por se desenvolver, passou a trazer situações igualmente complexas em diversos campos de atividade como a economia, relações de consumo, tributação, cuja regulamentação, por consequência, é de difícil determinação, uma vez que dependem de conjunturas ocasionais que exigem que se adotem decisões temporárias adequadas a cada uma delas, (...)” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 52-53).

1929, na crise do petróleo, nos anos de 1970 e, mais recentemente, na crise financeira de 2008, culminou em uma nova realidade econômica mundial, que gerou reflexos sobre os diversos campos do direito⁶⁷¹.

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz dizem, diante disso, que a própria lógica do sistema penal foi impactada, passando a operar dentro de uma dinâmica de “hibridismo econômico-penal”, na qual se nota – tomada a realidade brasileira como parâmetro – “o espiral crescente de uma perspectiva penal arrecadatória”⁶⁷². Além disto, segundo os mesmos autores, o Direito Penal Econômico, mais especificamente, experimentou “saltos evolutivos em função das crises”, ou seja, não teve uma evolução linear na direção de contribuir para solução dos problemas econômicos. Diversamente, tal como apontam, os auxílios penais vieram de forma abrupta, “sem a necessária coerência com o momento anterior”, chegando ao ponto de refletirem, agora, “um novo molde penal”.

Ademais, para o desenrolar de uma tendência de recrudescimento da ingerência penal – neste aspecto, a pretexto de fortalecer a segurança pública –, Ana Elisa Bechara aponta que também os eventos de 11 de setembro de 2001 foram determinantes; e produziram uma “modificação na consideração das funções do Estado”⁶⁷³. Diz a autora que, na sequência de tais acontecimentos, o direito penal acaba por se converter em meio de combate ao crime, deixando de ser visto como sistema de proteção de direitos do agente; e que a uma prevenção, antes, preocupada com seus limites, vê-se substituir uma prevenção geral positiva ligada à eficiência. Ela, igualmente, aponta para uma mudança de perfil na intervenção penal, no marco da qual a discussão sobre as fronteiras do direito penal, antes estabelecida entre propostas abolicionistas e reducionistas, passa a transitar entre reducionismo e expansionismo⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Por sinal, Francisco Muñoz Conde conta, que “[e]l Derecho económico, como rama autónoma del ordenamento jurídico, es producto de la preocupación que suscitó entre las dos Guerras Mundiales la proliferación de la actividad legislativa y regulamentaria estatal en el ámbito económico, como consecuencia de la intervención creciente del Estado en la economía, disciplinando o ejerciendo actividades que anteriormente se habían desarrollado entre los particulares, sin ningún tipo de ingerencia estatal” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Delincuencia Económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 265-283).

⁶⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 63-71.

⁶⁷³ BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 209-210.

⁶⁷⁴ Consigna, na sequência, nada obstante, a seguinte ressalva: “embora tal expectativa seja continuamente frustrada em razão do aumento da criminalidade” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 211).

Para que as coisas se passassem assim, motivos de ordem sociológica também tiveram peso. Muitos autores relacionam essa realidade com a ideia de **sociedade de risco**⁶⁷⁵, desenvolvida, fundamentalmente, por Ulrich Beck⁶⁷⁶. O tema é denso e qualquer abordagem pontual tende à superficialidade. Importa mencionar, de todo modo, que esse autor acrescenta às catástrofes históricas do último século – além de mencionar as guerras mundiais, Auschwitz e Nagasaki – os acidentes nucleares de Harrisburg, Bophal e Chernobyl. E o que sustenta, muito resumidamente, é que na modernidade desenvolvida, desencadeada por uma tentativa de “anular as limitações impostas pelo nascimento e para oferecer às pessoas uma posição na estrutura social em razão de suas próprias escolhas e esforços, emerge um novo tipo de *destino ‘adstrito’ em função do perigo*, do qual nenhum esforço permite escapar”⁶⁷⁷. Trata-se da sociedade que ele concebe como produto de uma dinâmica altamente industrializada, no âmbito da qual a “socialização dos danos à natureza” vai se apresentar como o reverso da “natureza

⁶⁷⁵ Neste sentido, dentre outros: BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 214-223; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017; SILVA, Pablo Rodrigo Alfien. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BACH, Marion. *Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa*. Disponível em: <<https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>>. Acesso em: 03 mar. 2021); LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr. 2011. Por sinal, cumpre mencionar, neste ponto, que aos atentados de 11 de setembro de 2001, Paulo Otero relaciona, também, uma chamada “revolução administrativa”, com ressonâncias profundas dessa ordem. Nas palavras dele, “[a] progressiva erosão que o modelo administrativo tradicional vinha sofrendo, minando alicerces de matriz iluminista e liberal de configuração do Estado e da Administração Pública, recebeu, já em pleno século XXI, uma aceleração que provocou a rotura definitiva: uma verdadeira ‘revolução administrativa’, sem que os seus contornos se encontrem totalmente definidos, nem absorvidos pela dogmática jusadministrativista, emergiu numa dimensão transnacional e globalizada”. E, segundo o autor, “[o] primeiro momento que despoletou a ‘revolução administrativa’ encontra-se no ataque terrorista aos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001, conferindo prevalência a um paradigma securitário do Estado e da Administração Pública”. Esses acontecimentos, diz o autor, “invertendo a convicção de que o progresso da consciência da liberdade era o sentido último da história universal” e “fazendo da segurança um valor nuclear”, acabaram por reconduzir Hobbes ao estatuto vencedor da História. Isso estaria refletido, dentre outras coisas, numa “cultura securitária” e numa “ideologia da segurança”, que tornam o “combate preventivo a um ‘inimigo’ abstrato” prioridade do agir público, segundo Paulo Otero, “numa clara ressonância schmittiana de perigo”; também, “num cenário de sociedade global de ‘risco difuso’”, onde se verifica a “omnipresença e a imprevisibilidade de riscos contra a segurança de pessoas, de bens e do próprio Estado”; e, ainda, no “desenvolvimento de um alegado “Direito Penal do inimigo”, do qual decorre, “inevitavelmente”, uma “Administração Pública do inimigo”. Conclusivamente, o autor sustenta que, frente a isso, “o tradicional equilíbrio entre liberdade e autoridade surge reforçado a favor da autoridade, enquanto garante da segurança, numa clara desvalorização da liberdade, da lei e da democracia”, esquecendo-se, porém, que “nem todos os meios eficientes de garantia da segurança são admissíveis num Estado democrático, tal como os fins não justificam os meios” (OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, v. 1, p. 131-135).

⁶⁷⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 8-10.

⁶⁷⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 8-10. (Destaque no original)

socializada”, transformando-a em ameaças sociais, econômicas e políticas⁶⁷⁸. O autor fala, dentre muitas outras coisas, da difundida opinião de que essa seria “uma civilização que ameaça a si mesma”; e se propõe a tentar entender e compreender o que ele chama de “atordoamento do espírito do tempo”, a partir de “um pensamento sociologicamente informado e inspirado”⁶⁷⁹.

Nesse estágio da modernidade – que ela situa dentro de um paradigma da sociedade pós-industrial –, Ana Elisa Bechara observa que aquelas ameaças encontradas, até então, no caminho da sociedade industrial começam a ganhar corpo; e que “necessidade de redefinição dos padrões de controle formal e de responsabilidade”⁶⁸⁰ aparece em decorrência disso.

Neste mesmo sentido, mas falando mais especificamente do Direito Penal Econômico, por outro lado, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz dizem que as novas ameaças que a modernidade tardia trouxe para o homem e para a humanidade, com o crescimento exponencial das forças produtivas e os conflitos estabelecidos em torno da distribuição dos riscos delas decorrentes, levaram à concepção de novas figuras típicas – primordialmente de tipos de perigo abstrato –; e a que a própria teoria do delito tivesse de ser revisitada⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 8-10.

⁶⁷⁹ Segundo ele, “[a] ideia-mestra teórica, a ser elaborada com esse propósito, pode ser mais facilmente exposta em uma analogia histórica: *assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social*. (...) No século XIX, a modernização se consumou contra o pano de fundo de seu contrário: um mundo tradicional e uma natureza que cabia conhecer e controlar. Hoje, na virada do século XXI, a modernização *consumiu e perdeu seu contrário*, encontrando-se afinal *a si mesma* em meio a premissas e princípios funcionais socioindustriais. A modernização no horizonte empírico da *pré-modernidade* é suplantada pelas situações problemáticas da modernização autorreferencial. Se no século XIX foram os privilégios estamentais e as imagens religiosas do mundo que passaram por um desencantamento, hoje é o entendimento científico e tecnológico da sociedade industrial clássica que passa pelo mesmo processo (...). A modernização das premissas da sociedade industrial, que não estava prevista em qualquer dos manuais teóricos ou livros de receitas políticas do século XIX. É essa iminente *oposição* entre modernidade e sociedade industrial (em todas as suas variantes) que atualmente confunde em nosso sistema de coordenadas, a nós que estávamos até a medula acostumados a conceber a modernidade nas categorias da sociedade industrial” (BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 12-13). (Destaque no original)

⁶⁸⁰ A autora acrescenta o seguinte: “[c]om efeito, em consequência do desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico, realiza-se na atualidade uma pluralidade de atividades aptas a originar múltiplos novos riscos. Estes são geralmente tidos como consequências ou efeitos secundários não desejados, em relação aos quais, em princípio, não se pode afirmar que sejam naturais, na medida em que decorrem de decisões e atividades relativas à tecnologia humana. Caracteriza-se, assim, a sociedade de risco, diferenciando-se da sociedade de épocas anteriores pela existência de riscos artificiais, aptos a atingir grandes dimensões e a alcançar um número indeterminado de pessoas” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 215).

⁶⁸¹ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 53-55)

Em suma, tem-se que o Direito Penal acaba por adquirir um novo formato pela associação de diversos fatores, assim como o Direito Administrativo Sancionador⁶⁸². E é, mais ou menos, em vista dessa realidade – ou seja, de mudanças conjunturais de diversas ordens – que Nuno Brandão⁶⁸³ julga serem descabidas as “tentativas de cristalizar o direito contraordenacional no momento histórico da sua gênese e de assim fossilizá-lo e continuar a concebê-lo e apreciá-lo à luz de referentes constitucionais, político-criminais e dogmáticos que embora dominantes nesse tempo e acolhidos como justificção para o seu aparecimento se mostram hoje ultrapassados pela marcha da história”⁶⁸⁴.

Efetivamente, depois de um primeiro movimento de intervencionismo estatal direto na economia, voltado a corrigir as discrepâncias percebidas entre o lema e a realidade produzida pelo Estado liberal⁶⁸⁵, o Estado assume um viés mais social, incumbindo-se de proteger não só a liberdade individual, mas de promover a satisfação de direitos sociais, até mesmo como meio de proteção da liberdade⁶⁸⁶. Com isso, o volume de interesses a serem acautelados aumenta,

⁶⁸² Tal como assevera Alice Voronoff, “[n]o Brasil, a expansão acelerada do direito administrativo sancionador guarda forte relação com o perfil de atuação do Estado nas ordens social e econômica, sobretudo a partir da década de 1990”, sendo que “o programa de reforma do aparato burocrático e as diversas privatizações e desestatizações implicaram, como contraponto à retirada do Estado da posição de agente econômico direto, a prevalência de estratégias de regulação econômico-social. Os mais diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta foram investidos de amplas competências regulatórias, com destaque para os atores especificamente criados para esse fim: as agências reguladoras” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*: justificção, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29).

⁶⁸³ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 354.

⁶⁸⁴ Ainda nas palavras do mesmo autor, “[s]eria, na verdade, surpreendente que um direito sancionatório cujas raízes são essencialmente devedoras da mundivisão extremadamente liberal da teoria do direito penal administrativo, mas foi legislativamente criado para responder às necessidades sancionatórias do Estado interventor que, por toda a Europa ocidental, se impôs após a II Guerra Mundial sob o lema da *Daseinsvorsorge* pudesse ainda hoje ser explicado e integrado na estrutura da ordem jurídica com base num ideário formado a partir desse estranho *mix* que foi beber tanto ao paradigma do Estado liberal como ao do Estado social. Deste modo, em ordem a uma correcta percepção do lugar agora ocupado pelo direito de mera ordenação social e das funções que actualmente desempenha, bem como a uma sua justa apreciação crítica, afigura-se-nos imprescindível procurar compreender os *traços essenciais* que hoje dão corpo ao Estado e às suas relações com a sociedade. Para tanto, será necessário como que passar a palavra à nova ciência do direito administrativo e do direito constitucional, pois que é nestes campos que, naturalmente, encontramos as reflexões mais aturadas e logradas sobre este extraordinariamente complexo problema de fundo” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 354).

⁶⁸⁵ Pablo Rodrigo Alflen da Silva conta que, já a partir da Primeira Mundial, o Direito Penal econômico adquire novas formas jurídicas em decorrência da economia de guerra; e que uma ampliação drástica do controle jurídico-penal sobre a economia acontece em decorrência da constatação de que “o mercado apresentou-se insuficiente com seu mecanismo de produção e trocas, forçando o Estado a intervir na iniciativa privada ou a assumir a sua direção para atender às necessidades de sobrevivência, ampliando-se assim o campo de atuação estatal face às crises cíclicas que estavam a exigir regulamentação para controle, (...)” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53-54).

⁶⁸⁶ Conforme observa Rodrigo Pires da Cunha Boldrini, “[é] preciso considerar que a ideia de Constituição, assim como a própria concepção de Estado, evoluiu com o tempo. Isso porque, especialmente nos séculos XIX e XX, foi reconhecido seu papel social, na correção das injustiças geradas pelo Estado liberal. Com isso o Estado social,

assim como a dimensão dos bens jurídicos passíveis de proteção. Mas, de um momento em diante, muitas das atividades que dizem com esses bens deixam de estar diretamente a seu cargo; e, além disso, as ameaças que lhes atingem passam a ter cada vez menos concretude material imediata.

Com essa alteração profunda que o “papel social” do Estado sofre, Yuri Corrêa da Luz aponta que “[t]anto novos interesses passaram a ser alvo de proteção penal, quanto interesses preexistentes se tornaram alvo de uma intervenção mais intensa”⁶⁸⁷, sendo que, em termos teóricos, essa expansão acabou processada, precisamente, sob a justificativa – que ele chama de fórmula – do “surgimento de novos bens jurídicos”. E haveria duas razões principais colocadas atrás disso, segundo o autor. A primeira seria a necessidade de “conformação e generalização de novas realidades, que anteriormente não existiam e passaram a ser fundamentais para a existência da sociedade (pense-se, por exemplo, na proteção do sistema financeiro e da ordem tributária)”⁶⁸⁸; e, a segunda, a “deterioração de realidades antes tidas como abundantes, e que agora se mostravam como escassas (pense-se, nesse sentido, na proteção ao meio ambiente)”⁶⁸⁹.

O Direito Penal acaba incorporando, assim, uma perspectiva eminentemente supraindividual, com um espectro de proteção cada vez mais difuso e referido a grandes riscos para a sociedade, em geral; e o uso da remissão ou reenvio – notadamente, com as chamadas leis penais branco e a **acessoriedade administrativa** –, como técnica de preenchimento de tipos penais⁶⁹⁰, passa a ser cada vez mais frequente. Isso produz uma visível aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e um abalo nas fronteiras que os separam.

além de proteger a liberdade individual, ou melhor, até mesmo para proteger a liberdade individual, incumbiu-se de promover os direitos sociais. As Constituições incorporam, portanto, os direitos sociais no rol dos direitos humanos” (BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de Direitos e Separação dos Poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 203).

⁶⁸⁷ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr. 2011, p. 440.

⁶⁸⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr. 2011, p. 441.

⁶⁸⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr. 2011, p. 441.

⁶⁹⁰ Cumpre ressaltar, com Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, que o reenvio ou remissão normativa podem acontecer de diferentes formas. “Pode ocorrer mediante a adoção de termos, ou seja, de elementos normativos de conteúdo jurídico, que remetem a definições até de outras ramas do Direito. A isso se entende por remissões interpretativas. Além disso, no entanto, também são presentes reenvios específicos a normas de Direito público ou privado, que se mostram como disposições prescritivas. Isso, em especial, se mostra presente com a técnica da chamada lei penal em branco, de acessoriedade administrativa, ou, mesmo, mediante elementos de valoração parcial ou global do fato ou elementos do dever jurídico” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 87). O fato relevante, neste aspecto, todavia, é o de que “as exigências da

Neste particular, porque em temas que envolvem conhecimentos técnicos específicos (em matéria ambiental, tributária, de entorpecentes e de trânsito, por exemplo) o Direito Penal vai se socorrer de conceitos, normas ou atos administrativos para compor os elementos do tipo penal⁶⁹¹.

Não que sobre isso inexista controvérsias. Ao contrário, a medida levanta inúmeras dúvidas sobre legitimidade e suspeitas de violação ao princípio da legalidade⁶⁹². E estas são questões da maior importância. O ponto é que a marca de contingencialidade e a superação das construções jurídicas que levaram à afirmação da necessidade de uma separação plena entre as

sociedade de risco obrigam a lei penal a prestar atenção em novos objetos de tutela coletivos, o que sem dúvida estimula uma legislação muito mais imprecisa, com abundância de tipos de perigo e frequente uso da técnica da lei penal em branco”, como, em termos mais gerais, José Luis Díez Ripollés explica (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2016, p. 73). Yuri Corrêa da Luz, aponta, ainda, que isso resulta na alteração no próprio de funcionamento do Direito Penal. Segundo ele, “ao lado do surgimento de novos bens jurídicos, verifica-se também uma mudança na chamada estruturação do delito. (...) Tradicionalmente, o Direito Penal funcionava exclusivamente com base na lesão ou colocação em perigo concreto de um dado bem”, mas da complexificação social, segundo ele, decorrem pressões por mudanças nesse padrão. Pela grande quantidade de riscos de caráter difuso projetada ao redor de determinadas situações (por exemplo, desastres ambientais em larga escala, crises financeiras, danos à saúde, casos de corrupção), tem-se que os potenciais danos “não seriam processáveis através do funcionamento eminentemente *reativo* do Direito Penal tradicional”; e “a ideia de prevenção, antes tida como residual na regulação na via penal”, então, ganha força, numa verdadeira mudança paradigmática, que se coloca “em nome do controle sobre o futuro” (LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr. 2011).

⁶⁹¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65. Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, nada obstante, ressaltam que, “em certa medida, uma remissão a outras órbitas complementares à penal já se mostrava presente no Direito Penal tradicional, aliás, com remissões desde Goldschimidt. O que ocorre presentemente, no entanto, é um agudizar de tal situação” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 83).

⁶⁹² Em vista disto, tratando especificamente do direito penal ambiental – mas com uma provocação que parece atingir, também, os demais ramos do direito – Helena Regina Lobo da Costa questiona se “em vez de buscar uma flexibilização dos princípios penais mais fundamentais – o que vem acontecendo –, esse fenômeno não deveria levar a uma reflexão acerca das possibilidades de tratamento penal dos danos ambientais” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66). Em outro sentido – que não parece antagônico em todos os termos – Jorge Figueiredo Dias sustenta que “o direito penal tem que distinguir, para o âmbito de proteção da norma, entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, limitando-se à destas últimas”. Diz, porém, que “[a] distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis supõe assim – sobretudo nesta nossa era de mercado global – uma difícil ponderação de interesses complexos e diversificados, quantas vezes de resultado altamente questionável. Esta ponderação, multiplicada por milhões e milhões de casos atinentes aos âmbitos e às atividades mais diversas, não pode ser levada a cabo pelo legislador penal: para tal constituiria ele de novo, sub specie materiae, entidade incompetente. Aquela ponderação só pode caber ao direito administrativo e aos agentes competentes para a sua aplicação. O que conduz à conclusão de que a – por certos penalistas tão escarmentada – acessoriedade administrativa se apresenta neste domínio como absolutamente necessária e que para ela se não divisa alternativa” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.75, p. 45-58, 2003).

instâncias, neste âmbito, são evidentes. A preocupação está nos excessos – se assim se podem chamar – e nos efeitos reversos dessa aproximação⁶⁹³, para o que se busca soluções.

Aparentemente, são mais palatáveis as reconstruções explicadas pela necessidade de cumprimento, pelo Estado, de suas funções promocionais positivas, tendo em vista que a repressão de condutas que possam gerar prejuízos coletivos, quando relacionadas a isso, não carecem de maiores explicações, independentemente da baixa densidade de materialidade concreta que eles (esses prejuízos), por vezes, apresentem. Isto, no âmbito sancionador, vem refletindo não só na ampliação do espectro de ingerência estatal, mas na inflação dessa ingerência, como método de atuação.

O contexto do Estado Democrático de Direito é pluralista e, por isso, tem-se que ilusão aspirar por uma total harmonia de interesses e valores, nos variados níveis do sistema. É por isto que a missão do Estado, nesta conjuntura, precisamente, é gerir as antinomias que se relacionam com direitos fundamentais, ponderando os interesses em conflito, com foco na proteção dos interesses individuais⁶⁹⁴. O problema não parece estar no fato do *ius puniendi* encontrar novos âmbitos de aplicação. Talvez isto seja algo até natural, no âmbito de um Estado Democrático e Social de Direito – como é o brasileiro –, sobretudo, na esfera supraindividual⁶⁹⁵. Segundo Alice Voronoff, é até de se esperar que “as estratégias de repressão estatal variem no curso do tempo, sensíveis às mudanças nas demandas sociais”⁶⁹⁶. O problema está no *déficit*

⁶⁹³ Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz veem na perspectiva supraindividual uma nova modalidade de leitura, cujo aspecto mais fundamental seria o foco e a percepção econômica; e percebem uma “certa perversão da ciência penal em função de primados econômicos”, além da utilização, cada vez mais presente, “do arsenal penal em função de pretensões econômicas” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 57-58 e 72).

⁶⁹⁴ BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 34.

⁶⁹⁵ Neste aspecto, a despeito da ênfase penal, tem-se que é de ampla relevância – porque serve como ponto de referência para as demais esferas sancionadoras – a seguinte constatação de Ana Elisa Bechara: “[a] partir da constatação das influências trazidas pela sociedade contemporânea na intervenção penal, introduziram-se nos últimos tempos novos interesses mercedores de proteção, em geral de orientação coletiva ou supraindividual. O reconhecimento jurídico-penal de tais interesses decorre da descoberta de uma superestrutura que se sobrepõe ao núcleo de bens jurídicos do Direito Penal liberal. Assim, sobre as pessoas e seus bens tradicionais situam-se diversos interesses de natureza coletiva, a demandar igualmente proteção estatal. Referidos bens são, então, reconhecidos num contexto de alteração da própria relação entre sociedade e Estado – que agora passa a interferir de forma ativa – de tal modo que os interesses pessoais passam a ser vistos de uma forma macro-social, isto é, relacionados à relações sociais estabelecidas, bem como ao funcionamento do sistema, a fim de assegurar sua garantia. Nesse âmbito, a questão fundamental não diz respeito tanto à legitimidade da proteção dos bens jurídicos-penais coletivos, e sim à determinação de seu respectivo conteúdo material, de forma justificar a necessidade de intervenção penal. (...). Antes de mais nada, trata-se, porém, de estabelecer o conteúdo e os pressupostos de legitimidade dos bens jurídicos coletivos” (BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221-222).

⁶⁹⁶ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 32.

de racionalidade das respostas que se apresentam e nas disfuncionalidades que elas produzem⁶⁹⁷.

Ao fim e ao cabo, a inflação legislativa e a sobreposição de competências não fazem mais do que ocultar a deficiência das políticas públicas do Estado e produzir falsa impressão de segurança e de um legislador ativo, com o esvaziamento da carga valorativa personalista que deve conformar o sistema de controle social, como um todo⁶⁹⁸.

Pode-se dizer, nesta perspectiva, que o próprio emprego de técnicas de remissão, visto como muito problemático – mais em algumas hipóteses do que em outras –, é alguma coisa que poderia ser atenuado ou mais bem trabalhado, no desenrolar de um movimento cuja pretensão fosse dar início a um processo de superação dessas debilidades do sistema, através da coordenação da atuação das instâncias competentes para sancionar.

E o que se tem é que, com apoio nos desenvolvimentos que a teoria do bem do jurídico teve desde a sua inicial elaboração e nos usos que se pode atribuir à vedação ao *bis in idem*, como direito fundamental e ferramenta útil – notadamente, desde a perspectiva do princípio da proporcionalidade –, novas cogitações podem ser trabalhadas, nesta direção. Sempre, tendo em vista o quadro axiológico que decorre da Constituição; e nunca descurando do fato de que dele se origina uma “relação especial entre o poder e o direito” a exigir, segundo Ana Elisa Bechara, que “o seu exercício esteja sempre voltado ao indivíduo, transcendendo a mera tarefa de controle ou manutenção da ordem social”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Por esse motivo, dentre outros, Alice Voronoff defende “a necessidade de um discurso jurídico que de fato justifique o exercício do poder punitivo pela Administração Pública, em vez de apresentá-lo como um dado ou como uma espécie de competência implícita associada ao poder coercitivo estatal” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 28). A autora se refere, especificamente, à potestade sancionadora atribuída à Administração, mas o raciocínio parece poder se expandir para alcançar toda a atividade repressiva estatal, nesse estágio em que as estratégias de atuação que tem à sua disposição são muitas.

⁶⁹⁸ Em linhas gerais, ideia semelhante é sustentada por Ana Elisa Bechara em vista do desvirtuamento do princípio da intervenção penal mínima por meio de uma intervenção penal desnecessária e simbólica, destinada apenas a servir, tal como aponta, “como autoproclamação de grupos políticos ou ideológicos a favor de determinados valores”, ao invés de desempenhar um papel efetivamente protetivo. E, um pouco mais adiante, a autora vai dizer, então, que, “maior intervencionismo estatal, justificável no contexto democrático atual em benefício do próprio desenvolvimento social e, assim, dos cidadãos diretamente implicados, não significa necessariamente maior intervencionismo penal. Ao contrário, tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-crimeal deverá estar necessariamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal”, sendo que “cabe à política criminal determinar a adoção de um modelo punitivo menos irracional possível, erigindo-se em barreira do *ius puniendi*, sob pena fracassar o Estado Democrático de Direito” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 38-39). Por certo, a mesma ressalva serve a todas as demais esferas sobre as quais o *ius puniendi* do Estado ingere.

⁶⁹⁹ BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 42.

3.2.1 Aportes da teoria do bem jurídico para a formulação de um sistema sancionador orgânico

As mutações dos modelos de Estado guardam relação com a transformações das sociedades e refletem, em alguma medida, a dinâmica das conquistas do homem, em termos de aquisição e consolidação de direitos.

Em paralelo com a assunção, pelo Estado, de diferentes formatos, o autor espanhol Emilio Octavio de Toledo y Ubieto⁷⁰⁰ conta que a história do *bem jurídico*, no sentido da aquisição de um conteúdo material, caminha, também. E ela – a história do *bem jurídico* – se conecta, em resumo, primeiro, com a substituição do Estado absolutista pelo Estado de Direito, no âmbito do qual os direitos individuais foram formalmente reconhecidos; depois, com a tomada de uma posição interventora assistencial pelo Estado social, em contraposição àquele Estado gendarme, representativo de uma espécie de garantismo neutro; e, por último, com a emergência de um Estado social e democrático, que se apresenta como reação à perversão totalitária que a figura do Estado, em um dado momento, representou⁷⁰¹.

Esse, o Estado social e democrático, é aquele do qual se exige um funcionamento a serviço de todos os cidadãos e que a eles proporcione condições sociais reais de vida, “al mismo tiempo que debe respetar las limitaciones propias de Estado de Derecho y, a cambio, transmutar

⁷⁰⁰ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990.

⁷⁰¹ Nas palavras do autor, “[f]rente al paroxismo de la concentración del poder político y de las leyes, alcanzado bajo el Estado absolutista, el Estado liberal reconoció los derechos individuales y la soberanía popular a ejercitar conforme a mecanismos de representación. Lo que implicó la imposición de importantes topes al poder punitivo estatal, pues hubo de ofrecer cobertura jurídica (incluida la penal) a tales derechos y de aceptar los cauces parlamentarios para la elaboración de las leyes y la vinculación de los jueces exclusivamente a éstas. Mas tarde, la superación del concepto de <<estado gendarme>> (expressivo de un garantismo neutral) dió lugar al Estado social, que, a la par de su reclamado intervencionismo en otras áreas, paso a entender el Derecho penal como instrumento no estático, sino dinámico. No de simple reacción ante lo ya cometido (retribucionismo clásico), sino de activa «lucha contra el delito» en procura de su no comisión (prevencionismo general y especial). Un derecho penal, en consecuencia, empleado por el Estado para incidir sobre una realidad previa, de la que extrae los objetos de protección punitiva. Los cuales – como <<bienes jurídicos>> – comienzan entonces a poseer un contenido material y, en este sentido, a significar un límite al poder punitivo estatal. Pues el Estado ya no «crea» mediante el Derecho los intereses a tutelar jurídico-penalmente, sino que los «recoge» de esa realidad preexistente que debe mejorar al servicio de la sociedad. Lo que, al tiempo, provoca que haya de amparar una cierta cantidad, paulatinamente mayor, de intereses de titularidad común. Pues bien, esta dinámica histórica consistente en, por una parte, sujetar de manera externa la actividad del Estado y, por otra, apelar a ella para el cumplimiento de ciertos fines implicadores de una limitación interna, tendrá su colofón contemporáneo con la formulación del concepto, compuesto por elementos interactivos, de Estado social y democrático de Derecho. Surgido frente a los descomedimientos de un precedente Estado social tergiversador de los fines para cuyo cumplimiento nació y falaz identificador de la sociedad con el Estado. Y, así, el Estado social y democrático de Derecho recibirá y mejorará la situación anterior al heredar, pero corregir su efectividad selectiva, los límites derivados de la implantación del Estado liberal y al reconducir por la senda de la participación y el respeto al individuo el intervencionismo insito en la idea de Estado social” (TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990).

em efectivos los derechos individuales sólo formalmente reconocidos por éste”⁷⁰², segundo o mesmo autor. Isto dá ensejo a um novo aparato jurídico-normativo de obrigações e à necessidade de proteção – por vezes, pela via penal –, não só de velhos interesses não tutelados ou tutelados e maneira insuficiente, até então, mas de muitos outros, originados das mudanças havidas nos modos de produção⁷⁰³.

No entendimento de Emilio Octavio de Toledo y Ubieto⁷⁰⁴, é só no contexto da ação do Estado social e democrático que o **princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos** adquire significado pleno, no que se refere à sua capacidade de engendrar limites ao emprego do poder punitivo estatal. Na prática, a conquista dessa caracterização carrega uma consequência: a própria definição do que deve ser objeto de tutela estatal parte disso. Em outras palavras – um pouco mais detalhadamente –, por conta dela (dessa caracterização), pode-se impor ao Estado “ciertos contenidos en los objetos de protección de las normas jurídico-incriminadoras que crea” e/ou “la derogación de la tuteladoras de ciertos otros intereses”⁷⁰⁵, quais sejam, “aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vias de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho”⁷⁰⁶. E, por esta razão, o autor entende o processo social e político que o constitui é, em si, tão importante quanto o interesse humano que se entende merecedor de proteção.

Não que este raciocínio possa ser convertido em um critério infalível para a determinação de quais interesses podem – ou não – ser alçados à posição de bens jurídicos dignos de tutela penal, ou que, com isso, seja possível evitar manipulações que degenerem os elementos próprios desses interesses. Mas, para o autor, “bajo la accion punitiva del Estado democratico el riesgo es menor y mayores las posibilidades de controlarlo o, en su caso, de corregir su materialización”⁷⁰⁷.

⁷⁰² TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990, p. 13.

⁷⁰³ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990.

⁷⁰⁴ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990.

⁷⁰⁵ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990, p. 15.

⁷⁰⁶ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990, p. 15.

O autor se refere à proteção penal, mas o raciocínio parece servir para conformar qualquer manifestação estatal de cunho sancionador.

⁷⁰⁷ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990, p. 15.

Em compasso com o que se vem sustentando, no sentido de ser necessário perceber a temporalidade como uma chave metodológica importante e de se avaliar as formulações jurídicas de maneira contextualizada, este parece ser um pressuposto que se alinha àquele, trabalhado antes, no sentido de que a matriz do sistema constitucional brasileiro estabelecido é garantista e tem a centralidade da pessoa como elemento unificador de sentido.

Um dos postulados mais fundamentais que se extrai dessa associação é o seguinte: “[e]n un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social”⁷⁰⁸, empregando-se as palavras de Hernán Hormazábal Malarée, quando sustenta que a determinação dos objetos protegidos implica uma decisão política do Estado dirigida a organizar as relações sociais, mas que ele (o Estado) tem obrigação de considerar, dentro de cada relação, nesse contexto, a posição concreta de cada um dos indivíduos.

Outro, é o de que da Constituição representa a síntese do Estado que constitui; e que dela emanam critérios para o reconhecimento de quais vem a ser os interesses tuteláveis, face aos princípios, direitos e deveres encartados – os quais devem servir guia para toda a elaboração normativa que irá compor o ordenamento e para a sua aplicação, tanto na via administrativa quanto judicial⁷⁰⁹ –, sendo que, no caso específico do Direito Penal, devem incidir, em acréscimo, como marcos limitativos, os princípios da subsidiariedade – no sentido de ser *ultima ratio* – e da fragmentariedade⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 154.

⁷⁰⁹ Neste sentido são as colocações de Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, com quem, ademais, em confirmação ao que já que foi sustentado em tópicos precedentes, tem-se que: “si bien es predicable de la Constitución la amplitud y la durabilidad, no es esperable la omnisciencia y el don de la adivinización perfecta y completa. De manera que profetice el <<devenir>> y lo que éste pueda imponer en orden a la protección penal de nuevos intereses ahora impensables. Lo que rechaza cualquier pretensión de ver en ella un catalogo de bienes jurídicos a tutelar (obligatoriamente y con exclusión de otros) por la ley punitiva. Aunque no quepa ignorar que, como lugar de proclamación e imposición supremas de las grandes reglas por las que ha de regirse el resto del sistema normativo, la Constitución juega también un importante papel respecto de esa función: el de dar expresión a los logros máximos que, en el momento histórico correspondiente, se han alcanzado en la conformación del Estado y en la estructuración jurídica de la sociedad civil (TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990).

⁷¹⁰ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990. Tratando do princípio da intervenção penal mínima, frente a uma realidade de “contraposição entre um Direito penal mínimo o reduzido a lo verdadeiramente fundamental y un sistema *intervencionista*, tendente a la inflación penal” – e tendo, antes, considerado que novas necessidades de proteção acompanham o Estado democrático moderno – Blanca Mendoza Buergo diz, neste sentido, resultar de “gran importancia respetar de manera escrupulosa el *carácter subsidiario* de la tutela penal, lo cual va estrechamente unido al principio de *fragmentariedad* y al de *ultima ratio* de Derecho penal”; e, ainda, que, “[e]n el seno de la cuestión sobre la legitimación de la criminalización de comportamientos,

Não se pretende – porque escaparia ao escopo da investigação e abriria outras frentes de análise – tentar discorrer sobre todo o percurso histórico do conceito de bem jurídico, mas apenas extrair aportes de alguns desenvolvimentos teóricos traçados em torno dele, para o delineamento de uma dinâmica sancionatória que se possa dizer mais próxima de um modelo ideal, em vista – precipuamente – desses postulados.

Neste sentido, cumpre tangenciar, sucintamente, ao menos, algumas das questões que se relacionam com as críticas direcionadas à teoria do bem jurídico, de modo a demonstrar que elas não invalidam a sua viabilidade como critério limitador da ingerência punitiva estatal, com potencial – aliás – extensível às todas as esferas sancionatórias, uma vez observados os pressupostos tidos por fundamentais.

De mecanismo, orginalmente, pensado e voltado à contenção da intervenção do Estado⁷¹¹, no que respeita à proibição de condutas por meio da ameaça de aplicação de uma pena, a ideia de que o Direito Penal deveria visar, exclusivamente, a proteção a bens jurídicos, passou a artifício para a incriminação. Ao lado da teorização sobre o bem jurídico, viu-se serem estabelecidos desde delitos contra a religião, contra o Estado e a comunidade, até a exaltação do “espírito do povo”, como fonte do direito, em oposição aos interesses individuais, na época do nacional-socialismo alemão. A explicação para isso – ou seja, a razão por que teria sido possível extrair dela significantes múltiplos – estaria na maleabilidade do conceito e no fato de que, nele, em tese, caberia qualquer coisa.

Fábio Bozza da Silva⁷¹² aponta que, mesmo a tese Feuerbach – para quem o delito seria a violação de um direito subjetivo –, apesar de atrativa, porque, efetivamente, supunha um

adjudica un importante papel en la limitación de la misma al principio de la *ultima ratio*” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 349-354).

⁷¹¹ O momento era de ruptura com o absolutismo e a inspiração iluminista. Passa-se a não mais aceitar a lei divina ou natural como legitimadoras do poder; e a defender que ele deve ser estabelecido de forma racional. Conforme apontam Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: “[y]a en los comienzos de la teoría fue el próprio fundador de la misma, *Birnbaum*, quien, en polémica con *Feuerbach*, intento con decisión delimitar el concepto de bien jurídico, refiriéndolo a ‘personas’ y cosas; pero finalmente sólo consiguió determinarlo con una palabra tan poco precisa como la de un ‘bien’, ‘que jurídicamente nos incumbe a todos’, para terminar reconociendo como ‘bien jurídico’ incluso las ideas morales dominantes en la sociedad” (HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 106). Ainda, segundo Winfried Hassemer, “se recurría a la protección de los bienes jurídicos como requisito para la desincriminación: el legislador sólo podía establecer una pena para aquello que ‘efectivamente’ amenazara un bien jurídico (y no que, por ejemplo, contraviniera las convicciones valorativas dominantes, como el caso de la moral sexual general). Dentro de este contexto, la misión del principio del bien jurídico consistía en la exigencia al legislador de explicitar un sustrato empírico (justamente, bienes jurídicos), como fundamento para establecer, o bien para suprimir, amenazas penales” (HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989).

⁷¹² BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 108-110.

limite ao poder punitivo estatal, continha uma contradição: ele, o Estado, apresentava-se necessário para garantia da segurança e da liberdade, ameaçando e limitando essa liberdade⁷¹³. Segundo o autor, “é com essa contradição assumida pelos liberais que se percebe que ao Estado liberal cabe assegurar a ordem social e a paz burguesas. Faz isso regulando pelo Direito (principalmente pelo Direito Penal) um determinado grupo de condutas e deixando de controlar outras”⁷¹⁴. Assim, a igualdade que, naquele contexto, era meramente formal, assim como as liberdades burguesas, acabava por contribuir para a seletividade do sistema penal⁷¹⁵.

Por outro lado, Fábio Bozza da Silva observa que o período da Restauração, momento em que os desenvolvimentos iluministas começaram a ser questionados, não correspondeu a um movimento revolucionário contrário à nova ordem burguesa, mas a um “compromisso com o poder já estabelecido”⁷¹⁶. Ainda, conta que uma das razões pelas quais Birnbaum teria se oposto à tese de Feuerbach seria a de que “o Direito positivo possui normas que não podem ser

⁷¹³ Afora o fato de que a definição de delito proposta por Feuerbach, apesar de se identificar como lesão a liberdades garantidas pelo contrato social, não afastava crimes contra o Estado, a quem reconhecia direitos e o *status* de pessoa moral, conforme registra o mesmo autor (BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 109). De fato, neste sentido, Feuerbach, sustentava o seguinte: “[p]uesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral). El que mediante la infracción de una ley penal lesione en forma directa los derechos del Estado, comete um crimen público (crimen de Estado, *del. publicum*); y siendo el derecho de um súbdito objeto inmediato de la contravención, es éste um crimen privado (*del. privatum*)” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Hirma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989, p. 65).

⁷¹⁴ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 110.

⁷¹⁵ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 110-111. Nada obstante, cumpre mencionar a explicação de Juarez Tavares, no sentido de que, “[n]a ideia de FEUERBACH, o delito como violação de direito subjetivo significava, ao invés de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido, de não poder exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem, quer dizer, então, que o delito pressupunha, antes de tudo, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre o seu autor e a vítima, igualdade esta que se via quebrada com a execução desse delito, de forma que uma das partes envolvidas no conflito não mais a pudesse exercer. Com isto, subordinava-se o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual – independentemente dos propósitos políticos do Estado, dando lugar, também à possibilidade de se ver no delito uma própria lesão de bens materiais e não simplesmente uma violação de dever. Este conceito de delito constituía, nesse sentido, uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal na configuração dos tipos penais, porque representava, no campo jurídico, a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social que pudesse decorrer da conduta criminosa” (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 200-201).

⁷¹⁶ Neste sentido, o autor assevera, dentre outras coisas, que, “[d]o ponto de vista da teoria política, a restauração se opôs aos desenvolvimentos iluministas, pois contrariava a ideia de que a soberania do povo deveria ser a fonte do poder. Recuperava-se o princípio monárquico, mas havia uma limitação ao poder pela Constituição. No entanto, essa virtual limitação era determinada pelo próprio soberano, já que a Constituição era por ele outorgada. No campo jurídico, o período da restauração ficou marcado pela Escola Histórica do Direito, de Savigny e Puchta. De acordo com esta corrente, o direito deve ser entendido como um produto histórico nascido do espírito do povo, e como tal não é possível afirmar que seja um produto da razão, ou que o Direito natural possa ser interpretado como algo invariável e eterno, a ser descoberto pela razão. Dessa forma, devemos entender o período da restauração como um momento em que a burguesia queria se perpetuar no poder, e não mais alterar a estrutura social e econômico, mas sim mantê-las” (BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 112).

reconduzidas diretamente a um direito subjetivo, dentre elas estão as normas que representam infrações de polícia”⁷¹⁷, de modo que, “seria contraditório reconhecê-las como delitos, mas não defini-las como violação de um direito”⁷¹⁸; e que, uma outra, dizia com o fato de que “ao Direito penal positivo sempre pertenceram normas que não poderiam ser reconduzidas a direitos individuais de liberdade, como os delitos relativos à religião e à moralidade”⁷¹⁹, sendo necessário que esses interesses fossem entendidos como bem comum do ponto, para que continuassem a ser protegidos pela via jurídico-penal.

Com a ideia de que somente bens podem sofrer lesões – e não direitos – ele acabou salvando, portanto, a legitimidade de crimes contra a religião e contra a moral, coisa que a teoria de Feuerbach comprometia. E esse era, basicamente, o seu propósito: “adequar a teoria jurídica do delito ao sistema punitivo vigente, que conflitava com a ideia da violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade”⁷²⁰, conforme afirma Juarez Tavares.

Outros desenvolvimentos sucederam a esses, com embates teóricos girando em torno, por exemplo, da legitimidade do Direito Penal e da transcendência – ou não – do bem jurídico, frente ao Direito⁷²¹. A chegada do nacional-socialismo ao poder na Alemanha, nada obstante, parece ter produzido uma guinada mais drástica. Fábio Bozza da Silva diz que o que houve, nesse momento, foi uma completa ruptura com os pressupostos político-ideológicos do racionalismo iluminista, com a negação do bem jurídico e a introdução de valores irracionais expressados pela exaltação da nacionalidade e da superioridade de uma raça, no lugar dos valores liberais⁷²². Juarez Freitas, tem, entretanto, que, “[e]m bora os regimes autoritários, por

⁷¹⁷ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 112.

⁷¹⁸ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 112.

⁷¹⁹ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 114.

⁷²⁰ O autor acrescenta, ainda, que: “[c]om a introdução do conceito de violação de bem jurídico, em substituição ao conceito de violação de direito subjetivo, com fundamento do delito, desde que se pudesse reconhecer que, igualmente, interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, ainda que se ganhasse em clareza, quanto à incriminação das respectivas condutas, se perdia – e de fato se perdeu – a vinculação dessa incriminação aos seus pressupostos de legitimidade, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por Feuerbach” (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 202).

⁷²¹ Muitos autores tratam a respeito disto, de forma mais aprofundada. Dentre eles: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019; BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014; BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Direito (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992.

⁷²² BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 122-125. No mesmo sentido, Hernán Hormazábal Malarée afirma que: “[l]a llegada del

seu turno, se tenham manifestado contra a noção de bem jurídico, considerando-a como estorvo aos seus fins políticos, nem sempre tem ficado muito claro se esta noção efetivamente os tenha prejudicado nesse desiderato”⁷²³.

Com efeito, frente ao que coloca Hernán Hormazábal Malarée – ainda que também aponte ter havido negação ao bem jurídico, nesse período –, é possível cogitar que os nacional-socialistas operaram, na prática, com uma troca de posições, sem, descartarem, totalmente, a noção de bem jurídico. Enquanto, para o iluminismo, o indivíduo estava no centro, para eles, era o povo, “pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras”⁷²⁴; e, enquanto a persecução do interesse da comunidade era o elemento de coesão iluminista, o deles era a fidelidade. Logo, o delito correspondia a uma traição a essa fidelidade que todos os indivíduos deviam ao povo alemão; e não a uma lesão aos interesses e às condições de vida comum⁷²⁵.

Por mais perverso que fosse o resultado que almejavam, tem-se que essa linha de raciocínio não se desconecta radicalmente da lógica de construção do conceito de bem jurídico. Hernán Hormazábal Malarée diz que, apesar de sua brevidade, a história do bem jurídico nesse triste e lamentável período, tem grande importância porque revela o seu caráter ideológico. E essa conjectura torna o apontamento do autor ainda mais significativo. Segundo ele, “el concepto aun cuando sólo era una formulación vacía de contenido llevaba sobre sí la carga liberal de ser un límite político al Estado”⁷²⁶, sendo, por isto, que “los juristas como intelectuales al servicio del Estado totalitario no tardaron en desacreditar el concepto y en expulsarlo lisa y llanamente del derecho penal”⁷²⁷. Mas haveria mais a objetar, se for plausível pensar que, apesar de negada, a noção de bem jurídico foi, em alguma medida, aproveitada.

nacionalsocialismo al poder en Alemania, significó, desde el punto de vista político, la ruptura total con lo que quedaba del primitivo racionalismo iluminista y, por consiguiente, la negación de todos los valores liberales de la revolución burguesa y su reemplazo por la irracionalidad expresada en la exaltación de la nacionalidad y el patrimonio, la superioridad de una raza y la supuesta atribución de un destino histórico al pueblo alemán. En este contexto no podía llamar la atención que el hombre y la sociedad, em cuanto que eran el objetivo de las ciencias sociales de inspiración iluministas, pasaran ser reemplazados por ‘la comunidad de sangre del pueblo ario’” (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 68).

⁷²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 202.

⁷²⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 69.

⁷²⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 69.

⁷²⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 71.

⁷²⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 71.

E não é algo que se possa deixar de tomar em consideração. Ao contrário, encontra-se, nisso, um exemplo de como conceitos e teorias podem ser manipulados e postos a atender propósitos completamente diferentes daqueles para os quais foram imaginados; e de que o potencial descriminalizante do bem jurídico depende de pressupostos históricos particulares⁷²⁸. Como todo conceito, segundo Juarez Tavares, “o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos”⁷²⁹.

Por este ângulo é que se enxerga a sua vocação para funcionar como barreira crítica. Agora, para que, assim, de fato, funcione, é determinante que o processo de formulação aconteça “dentro de um sentido de linguagem que expresse, na sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das zonas de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção sob o pressuposto de sua legitimidade”⁷³⁰, usando-se as palavras Juarez Tavares. Notadamente, no campo dos denominados bens jurídicos coletivos, onde as margens de demarcação da substancialidade são de mais fácil manejo.

Mesmo no Estado Liberal, tal como observa Ana Elisa Bechara⁷³¹, bens jurídicos de ordem coletiva eram protegidos (como a administração da justiça e a segurança estatal, por exemplo). A questão é que essa proteção era dirigida à “função de supervisão estatal da comunidade”; e não à “garantia do livre desenvolvimento individual no marco social”. Por outro lado, em linha com o acima deduzido, diz ela que “a tutela penal de interesses pretensamente comuns foi por diversas vezes utilizada no curso da história para legitimar a intervenção autoritária do Estado frente à violação de suas normas”⁷³².

É, por isso, que, ainda com Ana Elisa Bechara, tem-se que “a análise dos bens jurídicos coletivos deve ser feita, antes de tudo, sob a perspectiva democrática, de forma que o seu estabelecimento não vise à imposição forçada de valores ou ideologias, mas sim à garantia dos indivíduos aos quais o Estado deve servir”⁷³³. E é neste sentido que se compreende a necessidade de que sejam definidos os “exatos” contornos das zonas de intervenção estatal: para que fiquem de fora os interesses que se atrelam a referenciais outros e não projetam a orientação valorativa escolhida como prioritária.

⁷²⁸ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

⁷²⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 202.

⁷³⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 202.

⁷³¹ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 223.

⁷³² BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 223.

⁷³³ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 223.

Daí que, por mais que ele, o bem jurídico, não possa remeter a definições absolutas e estáticas, há um elemento comum que adstringe o seu conteúdo, neste específico contexto, qual seja, a necessidade de vinculação a um interesse humano fundamental, porque o indivíduo é o referencial reitor do Estado Democrático de Direito. Na prática, significa que “de nenhum modo poderá haver outros interesses de grupo ou de conservação ou funcionamento do sistema social sobrepostos ao indivíduo”⁷³⁴. E, tem-se que, nisto, reside o primeiro pressuposto de legitimidade de qualquer intervenção sancionadora.

Agora, para expressar os valores do Estado Social e Democrático de Direito, uma determinada ordem normativa precisa estar voltada à tutela da liberdade e da personalidade do indivíduo, considerado não de forma isolada, mas em suas relações sociais, ou seja, como “ser social atuante em uma realidade comunicativa determinada”⁷³⁵. O bem jurídico, por conseguinte, “não pode ser considerado em sua natureza de ser, como um objeto material aprioristicamente valorado”⁷³⁶. Diversamente, deve estabelecer uma conexão dinâmica com o sujeito, de modo a representar “uma relação considerada valiosa entre algo (ou uma realidade) e um sujeito”⁷³⁷. Logo, a determinação dos interesses dignos – ou não – de tutela, frente às contingências concretas, depende de “uma valoração dinâmica, material, histórica e interindividual”⁷³⁸.

Dessa determinação, porém, não deve decorrer automática incriminação⁷³⁹. Para que uma conduta possa ser tipificada, a ameaça a um bem jurídico se coloca como condição, mas não é suficiente. Na linha do que propõe Winfried Hassamer, “el principio del bien jurídico por

⁷³⁴ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 360.

⁷³⁵ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 353.

⁷³⁶ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 353.

⁷³⁷ BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2011. 464f. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 139.

⁷³⁸ Basicamente, por isto, tem-se com Ana Elisa Bechara que “os bens jurídicos não podem ser entendidos como valores, de caráter preestabelecido, universal e espiritualizado”, ao passo que, “também não parece possível afirmar constituir o bem jurídico um objeto, no contexto de uma imagem naturalística do mundo. A fim de permitir a construção de um sistema aberto que seja capaz de adaptar-se às contingências concretas de tutela penal a partir da realidade social e de suas relações, soa mais adequado vincular o bem jurídico à dimensão de interesse, no sentido de relação com o indivíduo (...)” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 139).

⁷³⁹ Segundo Blanca Mendoza Buergo, “[s]i se concibe com función del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, lo que hace de un comportamiento algo desvalorado será su relación negativa con alguno de los bienes jurídicos tutelados por aquél, es decir, la conexión entre el comportamiento y el menoscabo o la afectación de determinado bien jurídico. La protección de bienes jurídicos concretos debe formar parte del contenido de la norma y no quedar en mero motivo de la incriminación” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 391).

sí mesmo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena”⁷⁴⁰, justo, porque é ambivalente e “según cuál sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto en favor de la criminalización como de la desincriminación”⁷⁴¹. A ele se devem somar, portanto, outros critérios limitadores, não só para restringir a extensão da ingerência estatal, mas, também, os meios passíveis de ser empregados. Tudo, a partir de uma orientação pessoal, segundo o autor.

Essa tradição – chamada por ele de **teoria pessoal do bem jurídico** – consiste, precisamente, “en funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo em la medida em que se corresponden com los intereses – conciliados – del individuo”⁷⁴², já que o Estado não é um fim em si mesmo. Os bens jurídicos, nesta perspectiva, corresponderiam a interesses humanos que devem ser protegidos, no campo de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado, de modo que as instituições munidas desse encargo podem até merecer – elas, em si – alguma proteção, mas apenas “hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona”⁷⁴³.

Como haveria, portanto, uma precedência dos interesses pessoais sobre os bens jurídicos universais, além de se colocarem em posição de subordinação hierárquica, estes últimos, conteriam mandatos especiais de reserva, no sentido de que as razões a justificar a sua proteção haveriam de ser urgentes e a técnica utilizada mais benigna. Além disto, segundo Hassemer, “[c]uanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal com um interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y como”⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 278. No mesmo sentido, Blanca Mendoza Buergo sustenta que “tal concepto ha mostrado, por una parte, certa aptitud para ser manipulable y, por otra, una escasa capacidad limitadora de la intervención penal. De modo que por si sólo, sin referencia a outros principios limitadores, entre ellos, a la necesidad y merecimiento de tal protección em atención al principio de ultima ratio e intervención mínima y la necesaria lesividad de la conducta que se incrimina, así como al principio de proporcionalidad, carece de potencialidade real para restringir de modo sustancial o determinante la criminalización de comportamientos” (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989).

⁷⁴¹ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 278.

⁷⁴² HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 281.

⁷⁴³ Especificamente sobre os bens jurídicos ditos universais, o autor assevera que: “un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde da la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre” (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 281).

⁷⁴⁴ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 280.

O autor reconhece, nada obstante, que os bens jurídicos provêm da experiência social – e não de laboratórios⁷⁴⁵ –, além do fato de que aqueles chamados universais são mais influenciáveis ideologicamente⁷⁴⁶. Mas diz que, tal como outros conceitos jurídicos fundamentais, a importância da concepção pessoal do bem jurídico “no reside en possibilitar deducciones *more geometrico*, sino en dar a las discusiones jurídicas determinada línea argumental”⁷⁴⁷. Isso implica em que o legislador, uma vez tendo em foco um bem jurídico universal, inicie o conjunto de análises que deve fazer antes de criminalizar uma dada conduta, perguntando-se “si realmente la protección penal puede favorecer los intereses del hombre y de qué forma”⁷⁴⁸.

Parece indubitável, todavia, que, se não todos, a grande maioria dos interesses – mesmo aqueles instrumentais – pode ser reportada ao indivíduo, ainda que de forma retórica. Conforme alerta Ana Elisa Bechara, “justamente diante da necessária submissão do Estado aos interesses dos indivíduos que o compõem, qualquer função administrativa de controle, visa, ao final, os interesses dos cidadãos”⁷⁴⁹. Por isto é que a indicação de qual vem a ser o bem jurídico

⁷⁴⁵ Mais precisamente e, indo adiante, ele pontua que: “[l]os bienes jurídicos no se elaboran em um laboratorio, sino en la experiencia social, o más precisamente según los momentos de la frecuencia de una lesión a un interés, la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de amenaza según da la percepción social de la lesión. Estos momentos tienen una constitución social y comunicativa, y son variables históricamente. Actualmente están extraordinariamente acentuados desde el punto de vista de los bienes jurídicos universales en los campos de la economía, el abuso de drogas, la protección de datos y del medio ambiente, y en este fenómeno, los medios tienen una participación importante. (...) Pero una teoría personal del bien jurídico puede enriquecer el discurso politicocriminal justamente en lo que se refiere a estos complejos problemas” (HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989).

⁷⁴⁶ Neste ponto, observa e adverte que “[l]a ‘vida sana’ o el temor frente a las drogas son hoy públicamente valoradas con un fuerza similar a lo que ocurría hace uns pocas décadas con la moral sexual dominante (lo cual finalmente se introduce em la conciencia pública). A partir de ese momento, sólo hay un passo antes de que se exija el castigo del desviado” (HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. p. 282).

⁷⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 282.

⁷⁴⁸ HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989, p. 282.

⁷⁴⁹ Diante disso, a autora se posiciona no sentido de que, “a adoção da teoria pessoal do bem jurídico não pode implicar a consideração imanente do componente pessoal na construção do delito nos casos de bens jurídicos coletivos, que ganham, portanto, autonomia típica”. Diz, também, que esse atributo pessoal não deve levar a uma definição extensiva do bem jurídico, e, sim, a “um critério de legitimidade, por meio do qual não se pretende limitar a proteção penal aos interesses exclusivamente vinculados à pessoa, mas sim partir do pressuposto de que apenas os interesses que possam se contemplar como condições essenciais ao desenvolvimento da liberdade pessoal (...) podem ser legitimamente tutelados nesse âmbito”. Ainda, sobre realidade brasileira, especificamente, afirma: “[v]erifica-se que a inflação de normas penais incriminadoras a que se assiste nas últimas décadas decorre justamente a utilização disfuncional da teoria pessoal do bem jurídico, que, somada ao apego a uma concepção ontológica e à referência positivista do texto constitucional, fazem com que esse conceito seja empregado em sentido oposto à sua origem e razão de ser. De fato, tendo-se por base a enorme gama de valores positivados na Constituição Federal, todos em última análise relacionados direta ou indiretamente à pessoa, acaba-se por encontrar pretensas justificativas a qualquer nova incriminação, transfigurando-se o bem jurídico em carta em branco submetida à vontade política” (BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 223 e 267).

não pode encerrar a análise e nem ser o único pressuposto a nortear a verificação da legitimidade das intervenções estatais de cunho repressivo. Mas é por onde se deve começar⁷⁵⁰.

Dentro desse quadro é que, com Hernán Hormazábal Malarée, tem-se que “un derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos más que un planteamiento político criminal y, por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin”⁷⁵¹; e, mais, que essa é uma exigência que vincula, em termos de legitimidade, qualquer manifestação do *ius puniendi* estatal, ainda que elas possam – e devam – assumir diferentes finalidades e se sujeitar, por suas especificidades, a controles diferenciados e mais ou menos invasivos.

E é, neste ponto, que a questão da racionalidade aparece. Tal como salienta Juarez Tavares, “[a] norma delimitadora não vale por si. Para valer, além da exigência quanto ao procedimento democrático de sua elaboração, será preciso que a incriminação seja plenamente justificada sob o ponto de vista de seus efeitos sociais, de proteção da pessoa”⁷⁵².

Além disso, partindo da premissa de que “o injusto penal retrata um maior grau de intervenção estatal”⁷⁵³ – com o que, abstratamente, pode-se concordar, haja vista que apenas

⁷⁵⁰ Neste sentido, Ana Elisa Bechara ensina que: “o caminho para a definição de um interesse como bem jurídico dotado de dignidade penal passa por dois momentos: em primeiro lugar, busca-se na realidade social seu fundamento dinâmico; em seguida, procura-se nos princípios e valores constitucionais que inspiram o Estado Democrático de Direito os critérios político-criminais para determinar a necessidade de sua proteção por meio dessa via de controle social. De todo modo, o texto constitucional funcionará, nesse exame, como parâmetro negativo, a impedir que, em razão do pluralismo latente no contexto democrático, busque-se a tutela de interesses que não se encontram plasmados na lei fundamental, como instrumento de materialização de um mínimo consenso social. Antes de tudo, porém, reconhece-se que, justamente diante de sua – necessária – abertura e inconcreção, a teoria do bem jurídico apenas fornece elementos para determinar quando não se pode considerar um interesse específico como bem jurídico. (...) E, na verdade, é apenas isso que exige o critério do bem jurídico, cuja função crítica de limite ou garantia consiste na necessidade de o delito referir-se à sua ofensa como condição necessária, porém não suficiente, para legitimar a intervenção penal. Esse talvez seja, aliás, o equívoco cometido em relação ao processo legislativo, que busca encontrar no bem jurídico a justificação, a todo custo, de novas incriminações” (BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 141).

⁷⁵¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 169.

⁷⁵² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 141.

⁷⁵³ Cumpre, nada obstante, desde logo, chamar atenção para a observação que faz Lucía Alárcon Sotomayor ao rechaçar o argumento de que “las penas tienen siempre un contenido afflictivo superior al de las sanciones administrativas”, utilizado, por vezes, para sustentar a afirmação de que as penas as sanções teriam naturezas diferentes. Segundo ela, “[e]sto, en general, es cierto. Acaso podría proponerse *lege ferenda* que se consagrara estrictamente ese límite entre penas y sanciones. Pero *lege lata* no ha sido así ni lo es actualmente. El Derecho penal contempla muchas penas diferentes de la privación de libertad, que son mucho más suaves, como multas penales de escasa cuantía. Y no digamos las penas más leves correspondientes a las faltas. Basta una superficial lectura de las leyes administrativas para encontrar sanciones que afectan a derechos fundamentales”. Dentre outras, ela cita, por exemplo, a proibição de contratação de contratar com a Administração. E um pouco mais adiante, sustenta, ainda, o seguinte: “[p]or otra parte, hay sanciones administrativas consistentes en la publicidad de la infracción y otras que deben hacerse constar en registros administrativos con diversas consecuencias afflictivas

se tratar da única via que comporta a aplicação de pena privativa de liberdade –, tem-se com o mesmo autor que ela, a intervenção estatal, “só pode subsistir quando inexista dúvida sobre a necessidade intervenção”⁷⁵⁴.

Na prática, ao que parece, essa necessidade de intervenção apenas poderá ser aferida, com alguma objetividade, por meio de um processo de análise global, no âmbito do qual – uma vez que já tenham sido identificados os interesses afetados por uma dada conduta e, pelo critério pessoal, determinado se e quais deles configuram bens jurídicos –, todas as alternativas sancionatórias disponíveis sejam tomadas em consideração, de modo a estabelecerem, entre si, uma articulação racional, quando houverem de se associar. E, isto, deve acontecer com respeito às finalidades que cada uma propõe realizar, tendo-se que, no marco de um ordenamento que não é puramente estatal, mas democrático e social de direito, nenhuma potestade sancionadora é autorreferente ou possui justificação natural⁷⁵⁵.

mientras que, por el contrario, hay penas, como las que se producen por falta, que no dan lugar a antecedentes penales. Puede hablarse de la existencia de sanciones administrativas que incluso acaban con la vida de ciertas personas —las personas jurídicas—, ya sea porque se castiga directamente con la disolución de la sociedad o porque se impone una multa tan elevada que la arruina y la hace desaparecer. Finalmente, hasta la extrema gravedad de las penas privativas de libertad se relativiza en ocasiones porque si la impuesta es menor de dos años y no hay antecedentes penales es muy posible que no se cumpla (que sea suspendida condicionalmente). Ante ello y en comparación con multas administrativas de enorme cuantía capaces de arruinar a quienes las sufran y de otras sanciones impuestas por la Administración gravemente restrictivas de derechos, esta diferencia se desvanece en parte” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014). A autora toma por referência o ordenamento jurídico espanhol, mas se trata de uma consideração que toca também no ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 140.

⁷⁵⁵ Neste ponto, vale o alerta de Alice Voronoff, no sentido de se que: “[o] direito administrativo sancionador, como o direito em geral, é instrumento do Estado Democrático de Direito a serviço de finalidades protegidas e previstas no ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, de um fim em si mesmo. Afirmar isso, contudo, não é óbvio nem irrelevante. Ao menos no campo do direito administrativo sancionador. É que, na literatura especializada, embora não se negue expressamente esse caráter instrumental, ele é usualmente negligenciado em função de construções teóricas que sugerem ser a sanção administrativa ora uma espécie de poder-dever implícito extraído do conjunto de competências da Administração Pública; ora uma resposta automática e necessária do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; ou até uma decorrência do ‘princípio’ da supremacia do interesse público sobre o privado. Como se fosse um mal necessário. O problema é que essa abordagem, para além de insuficiente, dificulta sobremaneira a construção de um discurso de justificação, interpretação e aplicação para o direito administrativo sancionador. Afinal, se a sanção é tida como uma resposta indisponível do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração, perde o sentido indagar se ela atende a algum fim ou se tem cumprido algum papel. Pune-se porque o indivíduo descumpriu uma regra. Apenas isso” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 103-104). Também é pertinente mencionar que Floriano de Azevedo Marques Neto, na mesma toada, enxerga a absolutez da supremacia e a indeterminação do interesse público como uma “fórmula temerária por meio da qual se confere um peso abissal à autoridade e uma grande vulnerabilidade aos direitos individuais que se ponham em cotejo”; e diz que, assim sendo, “confere-se à estrutura da Administração a prerrogativa de exercer sua autoridade sem mesmo necessitar de grandes demonstrações da utilidade e adequação daquele agir em face das finalidades e sem carecer expor porque os interesses privados contrapostos devem ceder, bem como em que medida” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 87-127).

Poder-se-ia cogitar de outros, mas esse seria um primeiro obstáculo a dificultar que interesses que ostentam inferior posição na escala de proteção instituída encontrem caminho para prevalecer por via transversa. Trata-se, ademais, de algo que acabaria por conferir reforço de legitimidade ao processo de imputação.

3.2.2 Os bens jurídicos coletivos, os ilícitos em suas finalidades e a necessidade de que a atuação repressiva do Estado seja determinada de forma global

Entre chamar os bens jurídicos de individuais ou coletivos, Hernán Hormazábal Malarée⁷⁵⁶ prefere identificá-los ou como referidos às bases e condições de subsistência do sistema, ou como referidos ao funcionamento do sistema. Segundo ele, um critério distintivo estabelecido em torno de quem seria o titular – se o indivíduo ou a comunidade –, gera confusões, no âmbito de um Estado social e democrático, onde a determinação dos bens jurídicos deve se dar em consideração, antes, aos indivíduos e suas necessidades, do que à conservação e ao funcionamento do sistema social. Assim, existiriam bens de caráter microsocial, correspondendo àqueles em face dos quais toda a estrutura social se assenta (como a saúde individual e a liberdade, por exemplo); e bens de caráter macrosocial, que abarcariam os processos ou funções necessárias a que as relações microsociais possam se estabelecer⁷⁵⁷.

Em sentido um pouco diverso, Juarez Tavares⁷⁵⁸ entende que essas funções não podem ser equiparadas a bens, a não ser que passem a constituir, em si, um dado de relevância para a pessoa humana⁷⁵⁹, uma vez que apenas ostentam algum significado no contexto da própria

⁷⁵⁶ Nas palavras dele, em linha com o que sustenta Ana Elisa Bechara, “[l]os bienes jurídicos no giran exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de funcionamiento de un sistema de relaciones sociales democrático, esto es de vínculos entre personas realizadas em condiciones de libertad y dignidade” (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Direito (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 154).

⁷⁵⁷ Com mais detalhes, diz o autor: “[l]os primeros están constituidos en un Estado social y democrático de derecho por la persona y su dignidad. Estos bienes jurídicos tiene un carácter microsocial ya que a partir de ellos se puede constituir toda la estructura social. Entre ellos se incluyen la vida, la salud individual, la libertad, el honor. Los segundos tienen un carácter macrosocial. Se trata de proteger con ellos los procesos o funciones que ha de cumplir el sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsociales. Dentro de esta categoría se distinguen los bienes jurídicos institucionales (administración de justicia, fe pública), los colectivos (salud pública, seguridad común) y los de control (seguridad exterior e interior del Estado)” (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Direito (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992, p. 154-155).

⁷⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 217-219.

⁷⁵⁹ Neste sentido, o autor explica que: “[e]m face da complexidade da vida, algumas funções se vão materializando, de tal modo que suas variáveis possam constituir uma realidade, ainda que puramente normativa, mas irredutível a simples grandezas, fato que as torna indispensáveis à existência do Estado ou do próprio indivíduo. Isso ocorre, por exemplo, com a administração da justiça, que é hoje uma função indeclinável do Estado democrático. A

relação que estabelecem com o objeto de preferência – na condição de objeto de referência –, sempre com a característica de lhe serem instrumentais. Nas palavras do autor, “[a] função é, assim, uma relação decorrente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo. Da mesma forma que as variáveis dependentes, a função não tem significado próprio, somente no contexto da própria relação”⁷⁶⁰, sendo que, na atividade estatal, ganha corpo, em regra, através das medidas de controle, “que constituem o matiz de um processo de descentralização, que se opera com maior intensidade a partir do afastamento do Estado do processo de produção e distribuição de bens ou da satisfação das necessidades reais das pessoas e sua redução ao papel das chamadas agências de fiscalização”⁷⁶¹.

Aventando-se que, em sua reflexão, Hernán Hormazábal Malarée poderia estar mirando uma realidade na qual simples funções já teriam alcançado *status* de bens jurídicos, não se trataria, propriamente, de posições conflitantes. Mesmo porque, Juarez Tavares também descarta uma classificação entre bens individuais e coletivos. Para ele, afigura-se mais adequado falar de bem jurídico pessoal, já que, independentemente de corresponder a um dado de uma pessoa determinada ou de um grupo de pessoas indistinguíveis, só poderá ser reconhecido como bem jurídico se puder ser reduzido a um objeto de preferência individual⁷⁶².

Ana Elisa Bechara entende, por outro lado, que a distinção entre os bens jurídicos não deve ser entendida em sentido classificatório, mas entende que a diferenciação por categorias tem importância e utiliza aquela que remete à existência de bens individuais e coletivos. Então, diz que existem bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis, sendo estes, preponderantemente, individuais; e bens jurídicos institucionais, que se referem a “um conjunto de condições gerais cuja observância é, em princípio, indispensável à convivência social e pacífica” e seriam, em regra, coletivos. Mas aponta que, ambos comportam exceções, ou seja, podem existir bens jurídicos institucionais no âmbito individual e, no âmbito coletivo, bens jurídicos fisicamente individualizáveis⁷⁶³.

A autora sustenta, ainda, que cada vez mais a legislação penal tem servido para tutelar meras funções administrativas; e que isso não deveria acontecer, já que a defesa indiscriminada de interesses coletivos que se não identificam, propriamente, como bens jurídicos, produz uma

característica dessa função de servir, indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana” (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 226).

⁷⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 221-222.

⁷⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 221-222.

⁷⁶² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 221-222.

⁷⁶³ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221-222.

hipertrofia penal⁷⁶⁴. Segundo ela, “a maior parte dos ilícitos administrativos não se relaciona a um bem jurídico, refletindo condutas de mera desobediência a normas de organização e controle, não se podendo aplicar a ideia de ofensividade nesse âmbito”⁷⁶⁵. Nada obstante, ao discorrer acerca das fronteiras entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, reconhece que, “em alguns casos, pode-se verificar a efetiva existência de bens jurídicos coletivos cuja tutela transita em ambos os subsistemas jurídicos”⁷⁶⁶.

Ou seja, duas são as situações que se colocam em questão: uma, diz com as hipóteses em que o direito penal, em tese, não deveria intervir, com o que, apesar de adotarem abordagens metodológicas distintas, todos os autores citados parecem concordar – ou seja, que o direito penal não deve ser prestar à tutela de funções administrativas que não possuem significativa repercussão na esfera individual –; outra, com as hipóteses em que se veem bens jurídicos com dignidade penal transitando entre duas os mais esferas sancionatórias, com possibilidade de cumulação.

Em vista desta última, um leque de outras questões relevantes ao presente estudo se abre, a começar pelas seguintes: o mesmo bem jurídico pode ser lesado de formas ou em níveis diferentes? Qual seria a razão de existirem diferentes camadas de responsabilização, se não pudesse? Ao que tudo indica, a resposta é que – sim – pode. É que a Constituição parece

⁷⁶⁴ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 228.

⁷⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 244.

⁷⁶⁶ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 237-246. Partindo de outro ângulo de análise, mas que, no final, vai levar a conclusão semelhante, Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão sustenta que: “O direito penal, como ordem sancionatória estadual, é pois chamado a intervir porque o Estado, que reserva para si o monopólio do uso da força nas relações sociais, dele carece para dar cumprimento ao seu imperativo de tutela de direitos fundamentais ante ofensas que lhes possam ser dirigidas por membros da comunidade. (...) é nesta função protectiva imanente à categoria dos direitos fundamentais que o direito penal funda positivamente a sua intervenção ordenada à tutela de bens jurídicos com relevo jusfundamental. (...) o direito penal e o direito contra-ordenacional [direito administrativo sancionador, na linguagem brasileira] acabam nesta matéria fulcral por partilhar o mesmo fundamento legitimador, dado que também este último colhe no imperativo estadual de tutela de direitos fundamentais a sua credencial legitimadora para ser arvorado a instrumento de protecção de direitos fundamentais”. Em outra passagem, o mesmo autor, ainda, afirma: “não há em regra uma separação cortante de teor material entre o género de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções. (...). Numa fórmula simples, *bens jurídicos-econômicos dotados de dignidade penal são tuteláveis por contra-ordenações*” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 566-567. p. 417 e 519)(Destaque no original). Em sentido aproximado, Lucía Alarcón Sotomayor – para quem a única diferença entre os delitos e as infracções administrativas seria de gravidade, dado que, tanto as penas, quanto as sanções administrativas correspondem, igualmente, a castigos –, rechaçando o argumento de que a pena e a sanção protegem bens jurídicos diferentes; e o de que “[I]as penas tutelarían los bienes jurídicos individuales y las sanciones los de carácter colectivo”, sustenta que “está comprobado que también hay sanciones que tutelan la vida, la integridade física, la salud, la seguridad o el patrimonio, esto es, los bienes jurídicos considerados más valiosos y propios de la protección del Derecho penal” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014, p. 135-167).

admitir, ao conceber diferentes espécies de reprimendas e abrir a possibilidade de que mais de uma venha a incidir em face de um mesmo ato.

Nesse caso, por onde passaria o exame de legitimidade da intervenção repressiva estatal? A menos que a sobreposição estivesse, em si, vinculada a um interesse individual, a ponto de configurar um bem jurídico coletivo, ou que, apesar dos próprios bens jurídicos terem de ser determinados de forma relacional, a independência entre as instâncias pudesse representar um estandarte imutável – o que não parece aceitável –, tem-se que a cumulação não ostenta justificção *prima facie*. Ela é viável, contudo, desde que articulada com base em critérios racionais; e, portanto, a própria habilidade de manejo da técnica precisa compor a base de legitimidade da atuação do ente estatal e deve se sujeitar a controle material, nesse exame.

Aqui, ante à impossibilidade de se apontar diferenças ontológicas entre os ilícitos, coloca-se a necessidade da adoção de um critério teleológico, de forma que o acionamento de uma ou de outra instância sancionatória seja explicado em face das finalidades designadas a elas⁷⁶⁷. Ainda, quando não seja possível negar certa comunicação entre essas finalidades, tem-se que a cumulação, permanecerá viável, em tese, mas precisará contar, igualmente, com uma justificativa (legítima), que considere essas finalidades. Agora, que diferentes esferas atuem em prol da realização dos mesmos objetivos, a partir dos mesmos mecanismos, isso, parece, sumariamente, inaceitável.

Nas palavras de Alice Voronoff, “[n]ada impede que duas espécies de sanção coexistam e até se complementem no âmbito de uma política pública punitiva. Mas nada autoriza que essas medidas sejam tidas como equivalentes – até porque seria ilógico e importaria em *bis in idem* contemplar dois institutos iguais com nomes diferentes”⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Ao rejeitar distinções essencialistas, no contexto de uma análise voltada a comparar e confrontar as respostas que o Direito Penal e o Direito Administrativo oferecem ao problema da corrupção, de modo a tentar identificar qual dessas respostas seria melhor, Yuri Corrêa da Luz propõe, basicamente, o mesmo. Para ele, nesse âmbito, o fator decisivo não estaria mais nas características intrínsecas dos ilícitos penal e administrativo, mas nas diferentes finalidades que assumiriam. Não porque essa diferenciação corresponderia exatamente às funções que cada uma dessas esferas, efetivamente, exerce, hoje, “mas porque ela é capaz tanto de captar a importância de se discutir os critérios de imputação e as sanções próprias de cada um dos ramos do Direito, quanto de se adaptar às mudanças que acontecem em seu desenvolvimento ao longo do tempo. Dito de outra forma: por estar preocupada não apenas com as *características essenciais* de cada tipo de infração, a diferenciação funcional não produz análises excessivamente estáticas, sendo apta, inclusive, a perceber e denunciar quando o funcionamento de uma das esferas se aproxima fortemente do funcionamento de outra” (LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011). É precisamente isso que parece ser necessário, também, no contexto da presente investigação – que, aliás, envolve o mesmo tema –, ou seja, lançar mão de critérios que sejam capazes de contribuir para o desvelamento das situações em que o funcionamento das esferas punitivas competentes se aproxima, provocando a vulneração de direitos fundamentais.

⁷⁶⁸ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificção, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48.

Nesse lugar é que a posição do princípio da proporcionalidade, como critério limitador da ingerência estatal sobre as esferas individuais – notadamente, ao repercutir como proibição de excesso – precisa ficar marcada. Mas para que não venha a exercer mera função narrativa, deve tomar como referente ao próprio bem jurídico, “considerado em sua dimensão de síntese normativa de interesse individual ou social, partindo-se, nessa linha, da mesma base de análise valorativa”⁷⁶⁹, de modo a que, na relação entre a conduta e a sanção, não prevaleçam aspectos repressivos, com restrições exageradas às esferas de liberdade individual⁷⁷⁰. Na prática, isso impõe que a linha entre o aceitável e o inaceitável, no que se refere aos efeitos que se pode almejar alcançar pelo uso do *ius puniendi*, seja demarcada em vista da mesma base valorativa da qual se deve partir para densificação do bem jurídico⁷⁷¹.

Dentre outras coisas, é, por conta disso, que as disposições legais não podem encontrar – e não encontram – legitimação em si mesmas. O fato de terem sido postas em vigor e de, no aspecto formal, estarem ajustadas, não é suficiente, quando a pretensão é lhes dotar de plena legitimidade. Para tanto, limites de outra ordem devem ser respeitados pelo legislador na configuração da política sancionadora, a começar, precisamente, por este: não lhe é dado empunhar o *ius puniendi* com vistas a produzir efeitos sócio-pessoais que, daquele ponto vista

⁷⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 202.

⁷⁷⁰ BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 192-202.

⁷⁷¹ A questão da real aptidão que elas, as diferentes modalidades de sanção, teriam para produzir os efeitos a que se propõem é tema de uma discussão que tem outras dimensões e não se pretende avançar nela. Mas apenas para que se tenha noção do lugar por onde o debate passaria, cumpre mencionar a posição sustentada por Klaus Günther, no sentido de que “as pessoas estatisticamente menos ameaçadas pela criminalidade são as que têm o maior ou maior medo da criminalidade”; de que “[e]ntre a demanda subjetiva por punição e a verdadeira eficácia da pena existe um fosso semelhante ao que há entre a real ameaça representada pela criminalidade e o medo subjetivo que ela provoca”; e de que “[d]iante da inabalável autoconfiança com a qual uma demanda por punição tornada obsessiva se apresenta publicamente hoje, deve-se pelo menos lembrar mais uma vez das objeções mais comuns à pena, entendida no sentido de inflição de um mal, determinada e executada pelo Estado. Nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida. Isso vale tanto para a retribuição quanto para as diferentes teorias da prevenção” (GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55-56). Vale-se, neste ponto, portanto, da ressalva que José Luis Díez Ripollés faz ao tratar – precisamente – do princípio teleológico: “[b]ajo este principio se determinan los efectos sociopersonales que se considera éticamente aceptable lograr con la sanción penal. No va referido a la pena misma, sino a ciertos efectos a obtener a partir de ella. Con él se aspira a identificar hasta dónde estamos dispuestos a llegar en la producción de efectos sobre los ciudadanos, con el fin de satisfacer, mediante el control social penal, las pretensiones de tutela en el marco de las condiciones de responsabilidad establecidas. El principio no se ocupa, aunque con frecuencia tienda a verse así, de cuestiones de efectividad o eficacia, es decir, no trata de poner de manifiesto qué efectos son los más adecuados para asegurar que las leyes penales realmente se cumplan o, en su defecto, se apliquen, o para lograr los objetivos de tutela perseguidos. Tales preguntas, sin duda de gran trascendencia, pertenecen a niveles de racionalidade posteriores. Aquí [referindo-se ao princípio teleológico] se busca simplemente averiguar las cualidades que deben poseer los efectos sociopersonales a producir para que resulten aceptables por nuestro sistema de creencias. Una vez que sepamos qué efectos estamos dispuestos a causar, nos preguntaremos cuál es su efectividad y eficacia en general o en relación con decisiones legislativas concretas” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-160).

pessoal determinante para que um dado interesse receba nome de bem jurídico, sejam inaceitáveis.

Por aí já se pode estabelecer um pressuposto: para que a sobreposição de sanções se justifique, o efeito pretendido precisa passar, antes, por um filtro de admissibilidade. E precisa ser assim porque, mesmo que ela, a sobreposição, possa ser eficaz na produção de um certo efeito fático – com o qual uma maioria encontrasse satisfação para os seus desejos, por exemplo, mesmo sendo incompatível com as premissas de configuração do bem jurídico –, não se encontra aí, na eficácia de um qualquer efeito, a sua legítima viabilidade. Isto, em última análise, porque os critérios norteadores do processo de imputação integram o rol de elementos que compõem a base de legitimação da intervenção. O efeito produzido – e a produzir – é um deles e alguns não são admissíveis.

Assim, a questão que se coloca é: no âmbito do sistema jurídico brasileiro, o emprego dessa sobreposição pode se qualificar como um meio aceitável para produção de quais efeitos? Para suprir o déficit de racionalidade do controle coercitivo – e, de consequência, a ausência de uma política assertiva de articulação entre as esferas –, como uma espécie de medida substitutiva, parece que não pode ser. É inaceitável que a incapacidade do ente estatal de gerir os conflitos sociais seja encoberta por medidas que não produzem mais do que uma sobrecarga aflitiva no âmbito individual; e uma ilusão coletiva de incremento de segurança⁷⁷².

Daí que, a despeito dos ilícitos administrativos e penais terem origem comum – no sentido de que se qualificam como manifestações de um mesmo poder – e não poderem ser

⁷⁷² Aqui, em acréscimo, cumpre referir que, tratando sobre a capacidade de rendimento da categoria *proibição de excesso* como instrumento de limitação material do direito penal, bem como sobre a ideia de *proibição insuficiente*, com considerações pertinentes, também, ao Direito Administrativo Sancionador, Fábio da Silva Bozza menciona que “sérios estudos criminológicos, como o de Albrecht [Peter-Alexis Albrecht], dentre outros, demonstram empiricamente a inidoneidade da pena criminal como instrumento de prevenção de delitos”, de modo que “pleitear a inconstitucionalidade de uma norma descriminalizadora (ou de uma norma que, de qualquer forma, amplie os direitos do imputado) com fundamento na proibição de insuficiência, seria fundamentar um pensamento em algo que não se comprova empiricamente, que é a capacidade de o direito penal funcionar como instrumento de proteção de direitos fundamentais”. Na sequência, depois de outros apontamentos, ele, então, sustenta que: “[p]or mais que o legislador possua legitimidade democrática (ao menos, formal), ele não pode incriminar qualquer comportamento. A criminalização de uma conduta (ou a previsão de pena para a prática de um comportamento que não configure exercício de direito fundamental) consiste na limitação ao exercício de direito fundamental do imputado. Dessa forma, o limite do legislador encontra-se justamente na necessidade de justificar a incriminação, indicando a adequação e necessidade da medida de limitação da liberdade individual, ou seja, no Estado Constitucional, não basta a legalidade da medida, é necessário que a lei atenda ao critério da proporcionalidade. (...). Num primeiro momento, avalia-se se o objetivo da lei que limita determinado direito fundamental é lícito, ou seja, se não está vedado por norma constitucional ou infraconstitucional. Em seguida, deve-se analisar se o meio proposto pela lei, para atingir seu propósito, também é lícito. Depois desses dois primeiros passos, deve-se analisar a proporcionalidade da medida, observando-se a relação meio-fim” (BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 220-226).

distinguidos em sua essência, ainda assim, na prática, propõem-se a funcionar como estratégias punitivas diferentes. Logo, devem pressupor justificativas diferentes⁷⁷³.

Ainda que se não descarte a possibilidade de que, no campo administrativo, a sanção possa cumprir um propósito ético-retributivo, nesse âmbito, segundo Alice Voronoff, “a perspectiva prevalente e mais ajustada às particularidades da função estatal é do tipo prospectiva-conformativa”⁷⁷⁴. E, neste sentido, “a sanção funciona como instrumento de criação de incentivos com vista à conformação de condutas e atividades privadas inseridas em um programa mais amplo de alcance de fins socialmente desejados”⁷⁷⁵. Deste modo, a primeira distinção relevante, no seu ponto de vista, seria a de que o direito administrativo sancionador congrega um propósito mais prospectivo (dissuasivo), enquanto o direito penal possui um viés mais retrospectivo, o que não significa, nada obstante, que uma distinção a partir dessas características deva ser tida como absoluta⁷⁷⁶.

De um outro ângulo, Ana Elisa Bechara percebe que, em regra, “enquanto o Direito Penal busca a proteção de bens determinados em casos concretos e segue, para tanto, critérios

⁷⁷³ Neste sentido, sem negar os componentes comuns e as zonas de intersecção existentes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, além de reconhecer que os movimentos de requalificação que importaram na transferência de certas condutas de uma instância para outra e em “dupla tipificação”, em alguns casos, demonstram a impossibilidade de diferenciar os seus institutos, Alice Voronoff sustenta que, a base de legitimidade do poder punitivo estatal não pode ser mesma, nos dois casos. Não pode, segundo ela, “[a]inda que exista esse fluxo dinâmico de mão dupla”; “que, na origem, o *ius puniendi* seja mesmo único, porquanto cometido ao Estado”; e “que, na maior parte das vezes, exista uma ampla margem de discricionariedade para o legislador definir, no âmbito de políticas públicas, qual a estratégia sancionatória a ser perfilhada (se penal ou administrativa)”. Justo porque correspondem a estratégias punitivas diferentes, não podem ser tomadas como “medidas estatais fungíveis”, diz a autora (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 96-98).

⁷⁷⁴ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48-49.

⁷⁷⁵ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48-49.

⁷⁷⁶ Nas palavras dela, “[n]em se pode descartar, de um lado, que as sanções administrativas assumam, ainda que circunstancialmente, uma carga de reprovação ético-social mais evidente; nem que o direito penal, afastando-se de suas características clássicas, venha a assumir, em determinados setores, finalidade mais acentuadamente, dissuasória, (...)” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 102). De uma outra perspectiva que se pode dizer complementar, Lucía Alarcón Sotomayor aponta que a tese de que as penas e as sanções e as penas teriam finalidades diferentes não é de todo procedente. O seu referencial é o ordenamento jurídico espanhol, mas a reflexão que apresenta também serve à presente análise. Referida tese, segunda ela, partiria da ideia de que as penas, diferentemente das sanções administrativas estariam sempre orientadas à redução e à reinserção social. “Pero también pueden encontrarse en la legislación sectorial sanciones administrativas que se imponen con una finalidad claramente reeducadora (...)”. Por outro lado, conforme observa, por mais que determinados tipos de penas – como a privativa de liberdade, por exemplo – devam ser executadas com vistas a reeducar e ressocializar o delincente, elas seguem sendo castigos, assim como as sanções administrativas. “Por lo demás, no se acierta a comprender en qué se diferencian desde este punto de vista, por ejemplo, una multa judicial y una multa administrativa; ni, en consecuencia, qué cambiaría el que, conforme al principio de intervención penal mínima, las multas las impongan autoridades administrativas y no los jueces” (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014).

de ofensividade e de culpabilidade, o Direito Administrativo visa a ordenar, de modo geral, determinados setores de atividade, reforçando, por meio de sanções regidas pelo critério de oportunidade, determinado modelo de gestão”⁷⁷⁷.

Ainda sobre a sanção administrativa, Alice Voronoff sustenta que ela é uma ferramenta *sui generis* cuja aplicação só se justifica se tiver aptidão para produzir os resultados que se espera dela, “o que pressupõe um conjunto específico de incentivos necessários para direcionar a conduta dos particulares numa ou noutra direção”⁷⁷⁸. Por conseguinte, defende que deve haver uma lógica de incentivos específica por trás de cada sanção. “Isto é, dentro de cada marco regulatório em que inserida, seja ele um estatuto de servidores públicos, uma ordenação de construções, a regulação do setor energético ou um diploma anticorrupção”⁷⁷⁹. Firme nesta opinião, a autora associa a legitimidade do emprego do poder punitivo estatal com a própria adequação das estratégias punitivas escolhidas.

Em linha consonante, Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão⁷⁸⁰ reconhece que, para a consecução do dever de proteção que lhe foi acometido, o legislador goza de uma assinalável liberdade de decisão, mas partindo da ideia-chave de **efetividade da tutela**, aponta que o “objectivo do Estado deverá ser o de assegurar um programa de tutela que se apresente como adequado e eficaz a garantir a integridade do bem jurídico perante as plúrimas e multifacetadas ameaças que sobre ele parem”⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ Na sequência, a autora afirma ser, por isso, que “o Direito Administrativo não necessita atingir condutas específicas que impliquem ofensa a bens jurídicos, bastando que o gênero de condutas represente, estatisticamente, um perigo, ainda que futuro, para a ordenação de um determinado setor de atividade”. E, então, firma posição no sentido de que as diferenças entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não são ontológicas e nem quantitativas, mas sim axiológicas e, justamente em decorrência disso, condicionadas a determinado contexto histórico-social” (BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 245).

⁷⁷⁸ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

⁷⁷⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

⁷⁸⁰ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 566-567.

⁷⁸¹ Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão parte do pressuposto de que: “[o] direito penal, como ordem sancionatória estadual, é pois chamado a intervir porque o Estado, que reserva para si o monopólio do uso da força nas relações sociais, dele carece para dar cumprimento ao seu imperativo de tutela de direitos fundamentais ante ofensas que lhes possam ser dirigidas por membros da comunidade. (...) é nesta função protectiva imanente à categoria dos direitos fundamentais que o direito penal funda positivamente a sua intervenção ordenada à tutela de bens jurídicos com relevo jusfundamental. (...) o direito penal e o direito contra-ordenacional [direito administrativo sancionador, na linguagem brasileira] acabam nesta matéria fulcral por partilhar o mesmo fundamento legitimador, dado que também este último colhe no imperativo estadual de tutela de direitos fundamentais a sua credencial legitimadora para ser arvorado a instrumento de proteção de direitos fundamentais”. Em uma outra passagem – que corrobora o que se vem sustentando –, o mesmo autor, ainda, afirma: “não há em regra uma separação cortante de teor material entre o gênero de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções. (...). Numa fórmula simples, *bens jurídicos-econômicos dotados de dignidade penal são tuteláveis por contra-ordenações*” (BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 417, 519 e 566-567).

Partindo desta premissa, o autor também se posiciona no sentido de que pode fazer sentido que a abordagem sancionatória seja mista – ou seja, que conte tanto com crimes quanto com contra-ordenações –, mas diz que a combinação das duas espécies de infração deve ser articulada dentro de uma estratégia sancionatória global. Nas palavras dele, “mais do que uma consideração avulsa de cada uma das infracções tipificadas, descontextualizada do regime em que se integram, importa sobretudo levar em linha de conta a força protectora das medidas escolhidas quando tomadas na sua globalidade e em funcionamento concertado”⁷⁸². Então, partindo de tais colocações, conclui que é necessário um programa de tutela que se caracterize por um “conjunto sistematizado e coerente de medidas estaduais filiadas num desígnio de tutela que lhes confere uma unidade global de sentido”⁷⁸³.

Essa é a fisionomia que um *ius puniendi* que se pretenda democrático precisa ter.

Para o desenho de bons modelos institucionais, seguindo a mesma linha de percepção – e com o objetivo de que a ação administrativa leve em conta a vocação própria de cada instituto jurídico e os incentivos que são capazes de produzir, de modo a realizar o interesse público perseguido em concreto –, Leonardo Coelho Ribeiro sugere o emprego da metáfora da caixa de ferramentas⁷⁸⁴.

As ferramentas seriam os instrumentos que a Administração tem ao seu dispor para veicular seus programas, políticas e ações, de modo a satisfazer os interesses públicos. Nas palavras do autor, “[o] direito administrativo, por força de seu desenvolvimento contínuo, dedicação a interesses múltiplos, carácter cumulativo, cultural, concreto e cotidiano, se transformou na compilação de uma grande diversidade de institutos e formas de organização com vocações próprias”⁷⁸⁵. Esses institutos, juntos, segundo ele “integram uma verdadeira caixa de ferramentas voltada à instrumentalização de interesses públicos caso a caso”⁷⁸⁶.

Diante disso, o autor sustenta que é preciso repensar a forma de manejar esses instrumentos, uma vez que não há mais espaço para que sigam adiante “o descompromisso na organização estrutural da administração pública, e o exercício da função administrativa,

⁷⁸² BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 519.

⁷⁸³ BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 519.

⁷⁸⁴ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.

⁷⁸⁵ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016, p. 212.

⁷⁸⁶ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016, p. 212.

empunhando institutos de maneira desatenta e, por vezes, exclusivamente intuitiva quanto à sua capacidade de cumprir as finalidades que se pretende efetivar”⁷⁸⁷.

Essa lógica serve para repensar a potestade sancionadora da Administração Pública, em sentido estrito. Mas, ainda mais, o próprio *ius puniendi*, em vista das várias formas de representação que ostenta e, sobretudo, dos limites – principalmente de ordem material – a que sujeita no quadro de um ordenamento democrático e social de direito. E, no sistema jurídico brasileiro, tomando-se a tutela da probidade administrativa como referencial, ela impacta de forma mais intensa e sensível. Inclusive, porque a diferença que decorreria do fato das sanções administrativas serem aplicadas por autoridades administrativas, enquanto a competência para a aplicação das penas é atribuída a autoridades judiciais, nem pode ser cogitada, nesse âmbito, já que as ações de improbidade típicas – de cabimento regulado pela Lei nº 8.429/1992 – são judiciais.

Mas não é só. Além disso, os atos que podem ser por elas (as ações de improbidade) abrangidos, além de afetarem bens jurídicos coletivos, inserem-se, ainda, em várias esferas punitivas, por conta de outras tipificações que alcançam as mesmas condutas e de haver competência persecutória atribuída a diferentes autoridades (judiciais e administrativas). Por outro lado, as finalidades que a cada uma incumbe satisfazer não são claramente distinguíveis, sendo que, para tanto, ainda, elas empregam ferramentas idênticas ou equivalentes – excetuada a pena privativa de liberdade –, às quais apenas são dados rótulos diferentes. Isso, no mais das vezes, dentre outras coisas, resulta em que as consequências de suas atuações sejam tão severas quanto – ou mais⁷⁸⁸ – e, excessivas, quando associadas.

Daí que, no contexto brasileiro, as previsões constantes do art. 935, do Código Civil em vigência (substancialmente, uma réplica do art. 1.525, do Código Civil de 1916⁷⁸⁹), e do art. 66, do Código de Processo Penal⁷⁹⁰ (com redação inalterada desde a promulgação do texto, em 1941), não acompanharam o fluxo dos eventos que fizeram instalar esse quadro de sobreposições; e não o ajudam a se resolver. Por manterem a comunicabilidade entre as

⁷⁸⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016, p. 212.

⁷⁸⁸ Neste sentido Francisco Octavio Prado assevera que: “[a]s hipóteses de improbidade administrativa coincidem, em larga medida, com tipos delituosos que, com diferenças de extensão contemplam, frequentes vezes, as mesmas condutas”; e, ainda, que “as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa se revestem de extrema gravidade, sendo por vezes mais gravosas que aquelas fixadas para a mesma conduta quando também tipificada como crime” (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24).

⁷⁸⁹ “Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime”.

⁷⁹⁰ “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

instâncias penal e civil⁷⁹¹ circunscrita às hipóteses em que há negativa de materialidade ou autoria, pelo juízo criminal, a despeito do ganho de complexidade que tiveram as situações que visam conformar e, sobretudo, da racionalidade incorporada na Constituição da República de 1988, esses dispositivos legais, efetivamente, padecem de anacronismo.

Qual seria a solução – ou quais seriam as soluções – é alguma coisa que se não pode afirmar, categoricamente. A necessidade de que seguir investigando novas hipóteses de concertação das imputações, tanto no plano normativo, quanto nos planos da aplicação e da execução – em nível administrativo e judicial –, nada obstante, parece certa.

3.3 A PROJEÇÃO DA TUTELA PROIBIDA ADMINISTRATIVA SOBRE BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Frente aos pressupostos trabalhados, é de suscitar pouca – ou nenhuma – dúvida a afirmação de que a tutela da probidade administrativa poderá envolver funções estatais que, por seu grau de relevância, merecerão o título de bens jurídicos coletivos. A exata delimitação de qual seja o campo de incidência dessa tutela – mesmo quando assimilada a partir do princípio reitor do sistema e com atenção aos ditames constitucionais – envolve reflexões mais complexas, porque impossível, honestamente falando. Mas que em torno dela podem orbitar interesses pessoais vitais, isso, é inquestionável. Basta lembrar que as funções administrativas não possuem valor, em si, mas lhes são instrumentais.

Nada obstante, se é fato que, no estágio em que se encontra, o Estado tem sua base de sustentação vinculada a postulados democráticos e sociais, por mais circular e redundante que o raciocínio possa parecer, põe-se que sempre que forem empunhadas as ferramentas que lhe prestam a proteger os valores estruturantes da sociedade para a satisfação de interesses particulares isolados, haverá perda de legitimidade, em alguma medida. E assim será, no que toca, especificamente, ao dever de probidade, porque o raio de abrangência das consequências deletérias decorrentes de sua violação, por mais que nem sempre sejam imediatamente aferíveis, podem ser objeto de projeções factíveis.

Certamente, não por outra razão, Fábio Medina Osório sustenta que, “[n]o universo de proteção do dever de probidade administrativa, estamos diante de um exemplar extraído dos

⁷⁹¹ E balizarem, também, a repercussão da decisão penal na esfera administrativa, do que o art. 126, da Lei nº 8.112/1990, é exemplo (“Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”).

típicos bens jurídicos da coletividade, bens jurídicos universais e difusos”⁷⁹². Para ele, a “probidade administrativa” constitui, em si, um bem jurídico⁷⁹³.

No mesmo sentido, mas falando, especificamente, da Lei de Improbidade Administrativa, Fernando Capez, sustenta que a probidade administrativa “tutela um bem jurídico difuso por excelência, isto é, transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁷⁹⁴. Diz, ainda, que ela tem como “fundamento nuclear a dignidade humana, considerada o valor máximo de nosso Estado de Direito”; que, por isso, deve “selecionar as condutas mais importantes para a proteção do bem jurídico em consonância com esse valor que se irradia por todo o sistema punitivo”⁷⁹⁵; e que “[a] tarefa de definir qual o conceito material do ato de improbidade administrativa e, portanto, quais as únicas condutas capazes de ser erigidas à categoria típica nada mais é do que fixar o exato conceito de bem jurídico da Lei nº 8.429/92”⁷⁹⁶. Porém, não chega a dizer qual seria ele. Apenas sustenta, na sequência, que “[a] partir daí, não se admitirá como ato de improbidade administrativa nenhum comportamento senão o que concreta e efetivamente possa lesar ou colocar em perigo os interesses que se enquadrem nesse conceito”⁷⁹⁷.

Em termos amplos, poder-se-ia dizer que, porque derivada da moralidade administrativa, a probidade administrativa corresponde a uma das formas de expressão de um princípio que se volta a preservar as instituições e as funções de que se vale o Estado, para concretizar direitos fundamentais. Em torno disso, orbitam interesses dos mais variados. Mas, uma vez que a Constituição exigiu que atos ímprobos – os quais não arrolou – fossem reprimidos com as sanções que ela escolheu, na forma e gradação previstas em lei, a incumbência que ficou para o legislador foi: identificar quais comportamentos são merecedores desse *status* para, então, tipificá-los, dosando as respectivas consequências. Tudo, desde aquele ponto vista pessoal que prioriza os interesses individuais e obriga haja determinação de quais, dentre aqueles muitos interesses, são defensáveis; quais deles constituem bens jurídicos e quais

⁷⁹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 267-269.

⁷⁹³ Do mesmo entendimento compartilha Wallace Martins Junior, com o acréscimo de que esse bem jurídico, que corresponde a um interesse difuso e justifica a aplicação das sanções prevista da Lei de Improbidade Administrativa, é a “probidade administrativa na gestão da coisa pública” (MARTINS JUNIOR, Wallace. *A Lei da improbidade administrativa. Justicia*. São Paulo, v. 58, 174, p. 46-55, abr./jun.1996).

⁷⁹⁴ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 281.

⁷⁹⁵ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 273.

⁷⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

⁷⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

justificam o emprego de força coercitiva. Porque o *ius puniendi* é, também, uma prerrogativa estatal cujo exercício exorbitante produz vício.

Depois disso, no entanto, uma outra etapa do processo de imputação se inicia. Os interesses – eminentemente coletivos – cuja proteção se verifique depender da tutela da probidade administrativa, mesmo quando se vejam, em um primeiro nível de análise, aptos a se qualificarem como bens jurídicos, não avalizam, só por isso, ingerência punitiva. A legitimidade de intervenções dessa ordem depende – notadamente, em razão dos princípios da legalidade e da proporcionalidade – de que, nesse segundo momento, aponte-se quando, como e por que ela deve ter lugar; e, materialmente, em face de quais atos. E é na tipificação que o legislador deve se desincumbir desse ônus. Por aí, aliás, vê-se que ele não possui, propriamente, liberdade para caracterizar as figuras delitivas.

De todo modo, é interessante dedicar um pouco mais de atenção às oscilações que rodeiam a determinação dos bens jurídicos que justificariam uma tal ingerência; e ao quanto são maleáveis e pouco concretas as definições que, por vezes, costumam ser empregadas.

No que se refere aos chamados crimes contra a Administração Pública, são elucidativas as lições de Luciano Anderson de Souza acerca do modo e dos termos em que o bem jurídico por eles protegido vem sendo delineado, ao longo da história. Para o autor, o bem jurídico, na hipótese, precisa se vincular ao “regular funcionamentos das atividades públicas”⁷⁹⁸; e, partindo dessa premissa, tem que “os mais graves ataques ao exercício das atividades públicas fundamentais revelam dignidade penal, devendo restar de fora desse âmbito que possa ser tutelado por outras esferas”⁷⁹⁹. Mas antes de chegar a tal conclusão, ele apresenta um apanhado de outros entendimentos doutrinários que ganharam proeminência, passando, por exemplo, por posições que sinalizaram que o bem jurídico objeto da tutela penal, nesses casos, seria “a administração pública” e “a normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade

⁷⁹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 82. Em sentido aproximado, Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo de Castro, tendo antes tomado em consideração que a Administração Pública, com seus órgãos e cargos públicos, serve para executar e fiscalizar, direta e indiretamente, as atividades destinadas a satisfazer as necessidades coletivas essenciais e instrumentais, defendem que “o regular funcionamento da Administração Pública é, indubitavelmente, bem jurídico de dignidade penal” (PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. *Delito Licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*. MPSP, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.10.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2021).

⁷⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83.

e decôro da Administração”⁸⁰⁰. Dentro outros, Luciano Anderson de Souza destaca autores como Vincenzo Manzini e Nelson Hungria, pela influência que exerceram⁸⁰¹.

No entendimento do autor, os crimes contra a Administração Pública ficam carentes de uma justificação fundada num real conteúdo material, quando compreendidos como “condutas vilipendiadoras de um dever de probidade do agente público”⁸⁰², já que, dessa forma, cada um desses delitos acaba transformado em simples violação de um dever administrativo. Ainda, na visão dele, atrelar a identificação do bem jurídico, na hipótese, a palavras que denotem um “ideário de subserviência do indivíduo em face do poder constituído”⁸⁰³, não é compatível com um contexto democrático, no qual há cidadãos e não súditos. Por isso e, tendo que a existência do aparato estatal não se justifica, senão pela proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição – e, portanto, que a “sua legitimidade institucional deriva dos seus fins” –, confirma que o bem jurídico protegido, no caso, é supraindividual, com dimensão institucional e dinâmico; e diz que é um só. Para ele, “os crimes contra administração pública nada mais representam do que diferentes formas de ataque ao mesmo interesse”⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83.

⁸⁰¹ Mais especificamente, o autor aponta que a tese de que “administração pública” seria o bem jurídico afetado pelos crimes em questão é própria do pensamento italiano; e que ela se estabeleceu, na doutrina, sob o influxo de estudos realizados depois da entrada em vigor do chamado *Codice Rocco*, durante o governo fascista de Mussoloni. Segundo ele, “[a] estruturação legislativa estabelecida por Rocco, assim como o informe ministerial que acompanhou a promulgação do diploma, influenciou fortemente a doutrina italiana sobre o tema, antes bastante controvertida em face do estabelecido pelo Código Zanardelli [neste ponto, refere-se ao dualismo cidadão-Estado presente nele]. Assim é que o comunicado ministerial mencionava a administração pública como interesse tutelado, entendendo-a como a inteira atividade do Estado e dos outros entre públicos”. Neste aspecto, ainda acrescenta que, “o ideário mais característico do pensamento italiano sobre o assunto é o de Manzini [Vincenzo Manzini], o qual, segundo ele, precisamente, “entende que o bem jurídico tutelado nos crimes em questão é único – consistente na administração pública –, entendido como o interesse relativo ao normal funcionamento e prestígio da administração pública em sentido amplo no que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em face de determinados atos ou relações da própria administração pública”. Por outro – e apesar das críticas que essa ideia recebeu –, Luciano Anderson de Souza conta que “a doutrina brasileira, capitaneada por Hungria [Nelson Hungria] – expressamente influenciado por Manzini – acolheu-a amplamente, inclusive influenciando a jurisprudência”. De Hungria, conforme o autor, teria partido a afirmação de que o bem tutelado pela crimes contra a Administração, seria a “normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decôro da Administração Pública”. Na percepção de Luciano, isso, certamente, aconteceu em razão da “atenção dada ao pensamento italiano, em razão da forte influência do Código Rocco na elaboração do Código Penal brasileiro de 1940” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 82-84).

⁸⁰² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 82-84.

⁸⁰³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 82-84.

⁸⁰⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 94-95.

Em sentido diverso, Francisco Muñoz Conde⁸⁰⁵, frente aos delitos contra a Administração Pública previstos no Código Penal espanhol, diz ser difícil apontar um bem jurídico comum a todos eles – justamente –, porque, nesse sentido, “sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, em realidad, de la naturaleza de estos delitos”⁸⁰⁶.

Por outro lado, em face de uma classificação que diz ser meramente metodológica – mas normalmente utilizada com propósitos delimitativos –, Juarez Tavares⁸⁰⁷ situa a “administração pública”, assim como o “patrimônio” e a “ordem pública econômica” dentro da categoria *estatal* de bens jurídicos, no que se refere ao seu **titular**; e, **normativa**, no que toca à sua **natureza**. Ele adverte, porém, que essa modalidade de classificação pode gerar confusões, porque, “[a]inda que se possa reconhecer a existência de um bem jurídico estatal ou coletivo, sua inserção como tal não desnatura o conteúdo estritamente pessoal desses bens”⁸⁰⁸.

A linha de argumentação do autor parte da premissa de que “a necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que a sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social ou finalidades eleitoreiras”. E, em vista disso, sustenta que, para que a eleição dessa categoria de bem jurídico seja válida, será preciso demonstrar que a sua lesão produzirá, igualmente, um dano à pessoa e às suas condições sociais⁸⁰⁹.

Pode ser que aqui esteja a chave de abertura para uma cogitação que, talvez, ajude a pensar acerca do porquê alguns autores identificam, nessa matéria, um único bem jurídico,

⁸⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 20. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 808.

⁸⁰⁶ Na sequência, o autor defende que a Administração Pública de que se trata “no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 20. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 808). A partir de uma reflexão que, de certa forma se concilia e explica essa constatação de Francisco Muñoz Conde, Laura Zúñiga Rodríguez observa o seguinte: “[e]l principio de lesividad u ofensividad, principal baluarte en los años 70 y 80, que preconizaba el concepto de bien jurídico como límite y justificador del *ius puniendi* del Estado, sustentando la máxima que todo delito consiste materialmente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pasa en los años 90 a un segundo plano en la discusión dogmática, por las nuevas técnicas de tipificación que suponen el adelantamiento de la intervención penal con la incorporación en el catálogo de delitos de figuras que castigan el peligro abstracto, crean bienes jurídicos vagos e imprecisos, infracciones que suponen meras desobediencias o infracción del deber, esto es, donde se privilegia sólo el desvalor de acto y en los que la dañosidad social (criterio iluminista para legitimar la intervención penal ya preconizado por Beccaria) es totalmente difusa” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿ Hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del Derecho Administrativo Sancionador*. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001, p. 1416-1444).

⁸⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 217.

⁸⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 217.

⁸⁰⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 217.

enquanto outros se referem a bens jurídicos, no plural. Por mais se entenda que o bem jurídico coletivo afetado é – mesmo – um só, desde a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico, ele precisa ser reconduzido a um bem jurídico individual, ao menos⁸¹⁰, para justificar a ingerência punitiva estatal. A questão é que, no plano hipotético, frente à vulneração de um bem coletivo, não raro, alguns bens individuais – e não só um – acabam por se revelar potencialmente lesionáveis.

Desde esta perspectiva, faz sentido pensar que é necessário dizer quais aspectos da Administração são relevantes a ponto de constituírem – ou comporem – um bem jurídico coletivo, porque nem todos podem chegar a essa posição dentro de uma realidade em que o indivíduo não é súdito, mas cidadão; e na qual um genérico “regular funcionamento da administração” não autoriza, por si, selecionar atos para serem castigados. Além disto, relacionar um bem jurídico coletivo com cada bem individual cuja lesão seja projetável – como uma espécie de representação no plural –, de modo a justificar variadas ingerências sancionatórias de cunho preventivo, não parece ser possível, senão retoricamente. E, com isso, algumas posições, aparentemente, antagônicas, acabam por se comunicar. Ao fim e ao cabo, pode-se dizer, a partir delas, que, nem diferentes bens jurídicos abstratos, nem um mesmo bem jurídico, servem para legitimar múltiplas e descoordenadas ingerências estatais punitivas.

Talvez, consolidar esta premissa e impor ao legislador que, explicitamente, demonstre o respeito a ela, ajude a evitar que múltiplas tipificações sigam se estabelecendo em torno de uns mesmos atos, sem que se possa, em termos formais, opor grande resistência. Porque o que se percebe é que, dar margem para que o bem jurídico que deve subjazer a qualquer tipificação possa ser explicado e preenchido, depois, com conceitos vagos e imprecisos, é tornar inacessíveis, de certa forma, determinadas vias de controle.

Para corroborar tal afirmação, vale lançar mão da doutrina do próprio Vincenzo Manzini. Esse autor, lembrado por Luciano Anderson de Souza, teve participação ativa na reforma da legislação penal encomendada por Mussolini durante o governo fascista. Na realidade, como conta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁸¹¹, baseando-se em Franco Cordero,

⁸¹⁰ Algo nesta linha é sustentado por Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo Castro ao tratarem dos crimes licitatórios, empregando a nomenclatura “bem jurídico *categoria*l” e “bens jurídicos *específicos* ou em *sentido técnico*”, *verbis*: “na tutela jurídico-penal das licitações implantada pela Lei nº 8.666/1993, identifica-se um bem jurídico genericamente protegido por todos os tipos penais, ou seja, um bem jurídico *categoria*l, e bens jurídicos *específicos* ou em *sentido técnico*, protegidos por cada um dos tipos penais”. PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. *Delito Licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*. MPSP, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.10.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸¹¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 140.

foi ele⁸¹² quem redigiu o Código de Processo Penal italiano – de viés, marcadamente, inquisitório –, aprovado pelo Real Decreto nº 1399, de 19 de outubro de 1930.

A incumbência de elaborar a reforma, propriamente, foi atribuída a Alfredo Rocco, Ministro da Justiça à época, mas, para a redação do conteúdo técnico do código, ele selecionou Manzini⁸¹³.

Para o Código Penal, por outro lado, Alfredo Rocco preparou alterações voltadas à “defesa do Estado”, apresentando-o como uma entidade que, por representar a síntese dos sujeitos, teria “vida própria, fins próprios, necessidades e interesses aos quais estão subordinados os individuais ou coletivos”, e sustentando, a partir dessa concepção, a existência de um direito de conservação e defesa próprio do Estado, conforme Arno Dal Ri Júnior⁸¹⁴. Dizia, ademais, que esse direito, análogo, mas diferente do direito de defesa do indivíduo, prestar-se-ia assegurar e garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida comum, segundo o mesmo autor⁸¹⁵.

Ainda, em uma sessão da Câmara dos Deputados que antecedeu a aprovação do novo Código Penal, na qual se discutia – precisamente – provimentos para a defesa do Estado,

⁸¹² Eis o que conta o próprio Franco Cordero: “(...) penalista dalla mano pesante, informatissimo sulle minuzie, nostalgico dei metodi inquisitorial, uomo d’ordine. (...) Dovunque esistesse um’alternativa, Vincenzo Manzini l’há sciolta in senso autoritário: ‘reazione’ genuina nonché palese; qualcuno la celebra, dopo tanta loquela virtuosamente liberale’ Consensi quase unanimi, inutile dilo, spesso sfrenati: che lettura squallida; (...) Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini hanno soltanto sviluppato in logica quadrata l’assunto criptoquisitorio del vecchio testo, affosando impietosamente quel semigarantismo; non manca una rude moralità nell’operazione” (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 99-100). E eis as mesmas passagens traduzidas por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “(...) penalista de mãos pesadas, informadíssimo das minúcias, nostálgico dos métodos inquisitoriais, homem de ordem. (...). Em qualquer lugar que existisse uma alternativa, Vincenzo Manzini a escolhia em sentido autoritário: ‘reação’ genuína mas também escancarada; alguém a celebra, depois de tanta fala virtuosamente liberal. Que foi consenso quase unânime é inútil dizer, quase sempre descomedido: que leitura esqualida. (...) Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini apenas desenvolveram em lógica quadrada o tema *criptoquisitório* do velho texto, enterrando impietosamente aquele semigarantismo; não falta uma rude moralidade na operação (...)” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 140).

⁸¹³ É o que, também referindo Franco Cordero, conta Michele Gironde Cabrera, acrescentando que, “Manzini, no entanto, vinha se manifestando no sentido de acreditar que a produção científica de códigos deveria advir de uma única ‘mente’, tendo assim se desenvolvido o Código de Processo Penal de 1930, um *codex unis auctoris*. Cordero, aliás, já havia descrito Manzini como um ‘homem devotado à tradição inquisitória italiana’, o que se confirma pelo conteúdo do código. O discurso utilizado como pano de fundo da elaboração do código era de apego à segurança e à ordem, meros disfarces a ocultar a real intenção da reforma: adequar a codificação aos ideais fascistas idealizados por Benito Mussolini. Assim, foi tomando contorno o Código de Processo Penal italiano, idealizado e escrito por uma só pessoa, de mentalidade inquisitória e positivista, e sem que ninguém pudesse interferir, pela ausência de uma comissão” (CABRERA, Michele Gironde. *A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro* (Parte II). *Canal de Ciências Criminais*, 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jun. 2021).

⁸¹⁴ DAL RI JÚNIOR, Arno. A criminalização política na Itália fascista. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁸¹⁵ DAL RI JÚNIOR, Arno. A criminalização política na Itália fascista. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

Alfredo Rocco⁸¹⁶ sustentou que muitos cidadãos aceitavam e reconheciam que o regime fascista havia salvado a pátria, mas que havia desertores tentando combater a sólida estrutura do fascismo; e, ainda, que, por conta de quatro tentativas de homicídio sofridas por Mussolini, em apenas um ano, a nação havia tremido pela vida de seu líder (*Duce*) e por sua própria salvação. Com isso, defendeu que a sanção justa para aqueles que se atrevessem a tentar contra a vida do chefe do governo era a pena de morte.

Um pouco mais adiante, disse que o direito à vida do Estado era mais sagrado do que o do indivíduo; que todos os indivíduos tinham responsabilidade sobre o destino da nação; que cuidar da vida do soberano ou chefe de governo era cuidar da própria pátria; e que a pena de morte para quem atentasse contra ele atendia aos interesses de todos os cidadãos⁸¹⁷.

Dentro desse cenário, Arno Ri Júnior, conta que “entre os bens jurídicos a serem tutelados, a ‘segurança do Estado’ torna-se o grande monumento, que detém o primado entre os demais”⁸¹⁸; e que essa mesma formatação teria servido aos ideólogos do nazismo e aos Estados Unidos – com algumas modificações –, “tornando-se a famigerada doutrina da ‘segurança nacional’”⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Do original: “[s]otto la saggia guida del Sovrano, per virtù del Duce e della nostra magnifica gente, il paese lavora oggi sereno a preparare agli italiani un nuovo e migliore domani, mentre tutti i cittadini accettano il Regime Fascista e gli si stringono attorno, riconoscendolo come il Regime che ha salvato la Patria, che la Patria garantisce nel presente ed incammina ad un domani di grandezza e di forza. (*Vivi applausi*). Ma, mentre ciò avviene, un nucleo di disertori della Patria, scoria di tutti i partiti, impotente a combattere la granitica e salda compagine del fascismo, tenta invano, colla organizzazione del delitto e dell’assassinio politico di togliere alla Patria il suo Duce e di mozzare le ali alla vittoria. In un solo anno, quattro volte, la mano di un’assassino si è levata contro la persona del Primo Ministro, quattro volte la Nazione ha tremato, per la vita del suo Duce e per la sua stessa salvezza (CAMERA DEI DEPUTATI. Legislatura XXVII. Tornata di Martedì 9 novembre 1926, p. 6395).

⁸¹⁷ Do original: “[i]l diritto alla vita è diritto sacro per l’individuo, ma più sacro ancora è il diritto di vita dello Stato, che tutti gli individui raccoglie e rappresenta e che ha la responsabilità dei destini della Nazione: a chi attenta, nella vita del Sovrano o del Capo del Governo, alla vita stessa della Patria, la pena di morte dovrà essere comminata nell’interesse di tutti i cittadini” (CAMERA DEI DEPUTATI. Legislatura XXVII. Tornata di Martedì 9 novembre 1926, p. 6396).

⁸¹⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno. A criminalização política na Itália fascista. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁸¹⁹ Discorrendo sobre o mesmo assunto e fazendo alusão, nesse ponto, a lições de Paolo Rossi, Mario Sbriccoli, Francesco Pallazo e Luigi Ferrajoli, Floriana Colao explica que, frente ao código Zanardelli, o código Rocco expressava “a inversão mais óbvia e mais evidente na disciplina reservada à divergência política, marcada pela ‘obsessão contra o inimigo do Estado’, com a criminalização do *consciuis*, com a introdução do *crimen silentii* no delito contra o Estado e com a previsão de extradição para os crimes políticos. Se, sobretudo na parte geral, o código Rocco não expressava um sistema *totalitário* de criminalização com base política, como na Alemanha nazista e na Rússia soviética – que também conhecia as teorias da ‘Escola Positiva’ sobre a defesa social - o específico setor do direito penal político italiano, porém, parecia aproximar-se do ‘direito penal da vontade’. A ‘Personalidade do Estado’ – no vértice da tutela – não era configurada como bem tutelado, mas como metáfora de uma idéia superior, quase recolocando o sistema da lesa-majestade”. Depois, ela tece algumas considerações a respeito do período que sucedeu a “Liberação”; e termina dizendo, mais recentemente, em razão de uma série de emergências se colocaram a ditar uma agenda para o penal (“os conflitos políticos, sindicais e estudantis dos anos sessenta, o terrorismo nos anos setenta, o crime organizado camorrista e mafioso dos anos oitenta – problema nacional de longa duração -, até à corrupção política dos anos noventa”), o tema da legalidade passou a ser colocado em termos de “crise”. De maneira geral, diz ela, “[d]e maneira mais geral, logo depois dos atentados de 11 de

O que tem a doutrina de Manzini a ver com isso e com a presente análise, é o seguinte: depois dessas reformas, o tom que ele empregava, antes, para falar dos delitos contra a Administração Pública mudou. Pode-se dizer, mais concretamente, que acréscimos – talvez estratégicos – foram feitos à posição que sustentava em face das previsões do Código Zanardelli. Mas chama, ainda, mais atenção o fato de que a explicitação de quais seriam os interesses tutelados por cada ilícito tipificado – antes, especificados, um a um –, foram substituídos, de certa forma, por esses acréscimos.

Da edição do seu *Trattato di Diritto Penale* publicada em 1913, colhe-se que ele começava esclarecendo que era da administração pública, em sentido amplo, que iria tratar, a qual abrangia, segundo ele, toda a subjetividade e toda a atividade funcional que caracterizava o Estado e os entes públicos, territoriais e institucionais; e, portanto, além da administração pública, em sentido estrito, a tutela penal em questão incluía, também, as funções legislativa e jurisdicionais, com exceção das incriminações que diziam respeito apenas à administração em sentido próprio, ou apenas a ela e à função jurisdicional, ou a ela à função legislativa⁸²⁰. Então, dizia que, assim entendida, a administração pública estava protegida penalmente não só em face de suas relações com os particulares, mas, também, contra abusos cometidos por agentes públicos, no âmbito interno, com prejuízo imediato aos indivíduos. Tratava-se, segundo ele, da violação de um dever inerente à relação com o serviço público, sendo que o abuso de autoridade, em última análise, seria uma ofensa à própria autoridade⁸²¹.

setembro de 2001, no ocidente, assistimos a um retorno do paradigma da razão de Estado, da *salus populi*, que tendem a impor-se sobre as razões de direito e do princípio da legalidade, ‘inimigo do abuso’” (COLAO, Floriania. Apontamentos sobre o direito penal político na Itália entre os séculos XIX e XX. Trad. Ricardo Sontag. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Apontamentos-sobre-o-direito-penal-poli%CC%81tico-na-Ita%CC%81lia-entre-.pdf>>. Acesso em 03 jun. 2021).

⁸²⁰ Do original: “[i]l termine: *pubblica amministrazione*, rispetto alla tutela penale di cui imprendiamo a trattare, è assunto in senso lato, comprensivo di tutta la soggettività e di tutta la attività funzionale caratteristica dello Stato e degli altri enti pubblici, territoriali o istituzionali. Quindi oltre alla ‘pubblica amministrazione’, in senso stretto (concetto già da noi fissato nel vol. I, n. 60), la tutela penale si estende anche alla funzione legislativa e alla giurisdizione, fuori dei casi in cui singole norme restringano la nozione d’un’incriminazione alla sola amministrazione in senso proprio; o alla amministrazione e alla giurisdizione, con esclusione della legislazione; o alla amministrazione e alla legislazione, con esclusione della giurisdizione” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1913, v. 5, p. 1).

⁸²¹ Do original: “[l]a pubblica amministrazione, così intesa, viene penalmente protetta non solo in relazione ai fatti ad essa contratti dovuti all’attività dei privati, mas altresì contro gli abusi dei pubblici ufficiali, commesi sia nei rapporti interni, cioè a pregiudizio immediato di privati. Questi ultimi fatti, invero, concretano mediatamente la violazione di un dovere inerente al rapporto di pubblico servizio, perchè gli abusi d’autorità sono contemporaneamente e necessariamente offese all’autorità stessa. “La tutela dell’autorità in un libero e civile reggimento no dipende soltanto dal rigore nel perseguire ogni attentato contro di essa, ma si anche dal rigore contro gli abusi che si commettano dai suoi depositari” [à passagem entre aspas corresponde a seguinte referência: 1) Rel. al re, n. LXXVI]” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1913, v. 5, p. 2).

Em seguida, apontava que esse generalíssimo objeto da tutela penal, que se particularizava de acordo com a natureza dos vários interesses a que a administração pública remetia, dava lugar a onze categorias de delitos, tendo relacionado com cada uma delas um interesse específico. Por exemplo, pelo delito de **peculato**, dizia que o interesse da administração na segurança da custódia dos bens móveis, públicos e privados, estaria tutelado; no delito *concução*, a tutela estaria voltada ao interesse de que os agentes públicos não abusem do seu cargo, para obter lucros ilícitos; enquanto o crime de **corrupção** visaria proteger as funções administrativa e judicial do perigo de serem exploradas ou traídas pelos agentes públicos⁸²².

Já na edição do *Trattato di Diritto Penale Italiano*, traduzida para o espanhol, que data de 1950, o capítulo que versa sobre os delitos contra a Administração Pública traz aqueles mesmos apontamentos acerca da administração em sentido amplo e estrito na sequência, mas é aberto com a afirmação de que, nesses delitos, o objeto genérico da proteção penal é “el interés público concernente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública em sentido lato, em lo que atañe a la probidade, desinterés, capacidade, competência, disciplina, fidelidade, seguridade, libertad, decoro funcionales, así como al respeto debido a la voluntad del Estado em orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración”⁸²³.

Duas são as categorias de delitos apontadas como correspondentes aos interesses que densificariam esse objeto genérico de tutela – quais sejam, “delitos de los oficiales públicos o encargados de servicio público, y delitos de los particulares”⁸²⁴ –, porém, dentro delas foram acomodados vários títulos delitivos. E, além de serem muito mais que onze – na forma do novo código –, nenhum deles vem mencionado ao lado daquele que seria o específico interesse objeto da tutela.

Além disso, ressalva-se que “[l]os delitos contra la administración pública son igualmente punibles tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, a menos que, por las

⁸²² L'indicato generalissimo oggetto della tutela penale, specificandi a seconda della natura dei vari interessi inerenti alla pubblica amministrazione in senso lato, dà luogo a undici categorie di delitti. (...) I. La tutela dell'interesse della pubblica amministrazione relativo alla sicurezza dell'affidamento dei beni mobili, pubblici o privati, a pubblici ufficiali, dà luogo al delitto di *peculato* (art. 168); II. L'interesse che i pubblici ufficiali non abusino del loro ufficio per trarne illeciti profitti, produce la incriminazione della *concução* (art. 169-170); III. L'interesse di assicurare l'esercizio delle funzioni amministrative e giudiziarie contro i pericoli e i danni dello sfruttamento, o del venale tradimento dei pubblici ufficiali, produce la incriminazione della *corruzione*”. Cumpre referir que outros oitos delitos eram: “*violazioni di doveri d'ufficio, abusi dei ministri dei culti, usurpazioni di funzioni pubbliche o di attributi sociali della personalità, violenza e resistenza pubblica; oltraggio, violazioni di misure cautelari dell'autorità rispetto alle cose, millantato credito e violazioni di doveri inerenti a pubbliche forniture*” e (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1913, v. 5, p. 2-3).

⁸²³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*: Parte 1. Buenos Aires: Ediar, 1961. v.3, p. 3-4.

⁸²⁴ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*: Parte 1. Buenos Aires: Ediar, 1961. v.3, p. 4-5.

condiciones determinadas por la guerra, los hechos asuman el carácter de delitos contra la personalidad del Estado”⁸²⁵, coisa que a edição de 1913 não fazia.

Não é o caso de divagar acerca de quais eram os propósitos do autor, mas, objetivamente, vê-se que ele optou por deixar indefinida a abrangência daquele objeto genérico de tutela. Ainda, que fez questão de destacar que os delitos contra a administração poderiam assumir caráter de delitos contra a personalidade do Estado. E esses eram delitos que poderiam levar à pena de morte.

Ademais, assiste razão a Luciano Anderson de Souza quando aponta ser notável a influência de Manzini sobre Nelson Hungria, no que se refere à identificação daquele que seria o bem jurídico objeto da tutela penal nos crimes contra a administração; e se trata do Manzini de depois das reformas⁸²⁶. Ao menos é o que apontam as referências indicadas por ele, no seu *Comentários ao Código Penal*, publicado em 1958, assim como algumas de suas colocações, notadamente, a de que “[a] objetividade jurídica dos crimes de que ora vamos nos ocupar é o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decôro da *Administração Pública*”⁸²⁷; e a de que “[e]m sentido lato (que é o jurídico-penal), a administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário”⁸²⁸.

Nelson Hungria foi Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal e da Comissão Elaboradora dos Anteprojeto da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal, além de Ministro do Supremo Tribunal Federal⁸²⁹. Talvez por isso tenha alcançado redobrada prospecção, sem demérito à sua obra, que é vasta e de singular qualidade.

⁸²⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*: Parte 1. Buenos Aires: Ediar, 1961. v.3, p. 5.

⁸²⁶ Mas não que fossem muito diferentes as posições que ele sustentava antes. Tratando da situação da penalística do século XIX, da relação entre a tradição liberal e a inovação fascista e de onde surgiu o direito penal fascista da Reforma de Alfredo Rocco, Antonio Manuel Hespanha cita um texto de Manzini de 1911. Diz, aludindo, também, a lições de Mario Sbriccoli, que, “[o] direito penal do século XIX fora, de facto, suficientemente ‘realista’. A um garantismo penal ‘demagógico’ preferira uma prática penal desenvoltamente autoritária: ideologia conservadora, autoritária, estatalista, frequente ilegalidade da administração judiciária e penitenciária; tônica numa política de ordem e prevenção, pouca atenta a regras e garantias. A este garantismo debilitado soma-se a influência anti-individualista do positivismo que funcionaliza o direito penal ao objetivo da defesa social. A perigosidade transforma-se no principal critério da resposta penal. Á ideia de um direito subjectivo (do Estado) de punir, limitado pelos direitos subjetivos dos cidadãos, substitui-se a ideia de criminoso como inimigo interno, bem como o tópico da legitimidade e indispensabilidade da presença do Estado, entendido como aparelho preventivo e repressivo (cf. Vincenzo Manzini, ‘La politica criminale e il problema dela lotta contra la delinquenza e la malavita’ in *Rivista penale*, 37 [1911], 5-14 (...))” (HESPANHA, Antonio Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas. *Análise Social*, [S.l.], v. 37, n. 165, p. 1285-1302, 2003).

⁸²⁷ A obra de Manzini citada por Hungria é: “MANZINI – Trattato, vols. V e VI, 1935” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 537).

⁸²⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 311.

⁸²⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 311.

Aqui, tem-se que deveras significativo é o fato de que o Código de Processo Penal brasileiro, que data de 1941, é, segundo afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁸³⁰, “cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório”. O Código Penal, por sua vez, é produto de um Decreto-lei subscrito, um ano antes, por Getúlio Vargas e Francisco Campos⁸³¹. A Constituição, quando ambos entraram em vigor, era aquela de 1937 outorgada por Vargas⁸³². Aquela que, no rol dos poucos direitos e garantias fundamentais e assegurava, não incluía a vida, mas instituía, pelo mesmo dispositivo – o art. 122 –, hipóteses de cabimento de pena de morte.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, melhor teria sido reelaborar essa legislação penal que carrega a marca da influência fascista e nasceu durante uma ditadura. Não só, mas – talvez –, inclusive, por conta da previsão que veio inserida no § 4º, do art. 37. Porque, frente à ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”, parece ser possível dizer que, de plano, reconheceu-se que atos de improbidade podem, eventualmente, atingir bens jurídicos com dignidade penal. Mas não que, com ela, ficavam avalizadas as tipificações criadas antes – e, ainda, autorizada a sua repetição em outros diplomas legais –, tampouco que novos tipos poderiam ser criados e inseridos em quantas leis o legislador ordinário quisesse.

Foi, porém, o que aconteceu e segue acontecendo. E, para além da independência entre as instâncias, a escusa de que se trata de bens jurídicos diferentes – que se credibiliza, justo, porque, retórica e genericamente, é fácil afirmar a violação de bens supraindividuais identificados a partir de conceitos imprecisos –, vem encobrendo essa realidade. O problema é que quando se pergunta acerca de qual vem a ser, efetivamente, o conteúdo desses conceitos, as respostas que aparecem não deixam claro que se trata de bens, realmente, diferentes.

⁸³⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, v. 1, p. 138.

⁸³¹ Trata-se do Decreto-lei nº 2.848/1940.

⁸³² Mostrando a similitude da realidade brasileira, frente à italiana, no que se refere à conjuntura em que Código de Processo Penal brasileiro foi lançado – nada obstante, com apontamentos que alcançam, também, o Código Penal –, Michele Gironde Cabrera, assevera que, “[t]anto lá, como aqui, é possível identificar a ideologia inquisitiva que se projetou sobre a confecção dos dois códigos. Em 1941, no Brasil, ano de promulgação do Código de Processo Penal brasileiro ainda hoje vigente, estava em curso o Estado Novo de Vargas. Se Benito Mussolini fora o líder autoritário de lá, aqui tivemos Getúlio Vargas, que, na segunda parte de seu mandato de 15 anos, intentava a criação de normas que garantissem a manutenção do poder. Se Alfredo Rocco existiu, na Itália, para indicar Manzini para a confecção da norma, Francisco Campos (autor do AI-1 do golpe militar de 1964 e um dos principais teóricos do autoritarismo no Brasil) existiu para indicar Alcântara Machado como único redator do código brasileiro” (CABRERA, Michele Gironde. *A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro* (Parte II). *Canal de Ciências Criminais*, 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jun. 2021).

Com Inés Olaizola Nogales, tem-se que a corrupção não é um fenômeno exclusivo da atualidade. Ao contrário, “[e]l efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio es una permanente de la historia”⁸³³. Mas se, por um lado, a intervenção penal – ou o emprego de força coerciva, em termos gerais – está legitimada, nesse âmbito, não se pode olvidar, por outro, que “[l]a Administración se convierte em un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, objetividad, etc”⁸³⁴. Portanto, tal como os interesses individuais, a proteção aos interesses coletivos que estão, no seio dela, Administração, representados, deve se sujeitar aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade e a todo o regime de garantias constitucionais asseguradas aos acusados em geral.

Não se pode admitir que na vagueza e na imprecisão de seus conceitos sejam escondidos interesses – senão escusos – incompatíveis com os valores axiológico-normativos que emanam da Constituição, na linha do se vem insistindo em afirmar.

A saída, aqui, parece ser equivalente àquela que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho apresenta ao dizer sobre a maneira de conferir eficácia a uma Constituição que impõe um Sistema Acusatório – como é a Constituição brasileira de 1988 –, mas que ainda tem como maior referência legislativa um Código de Processo Penal que é cópia do *Codice Rocco*: “compatibilizar o aparentemente incompatível”. Só assim, diz ele, “as pessoas se vão dando conta de que a CR precisa ter eficácia plena”⁸³⁵; e, para isso, tem-se, com o mesmo autor, o papel a ser desempenhado pelos magistrados é fundamental.

⁸³³ OLAIZOLA NOGALES, Inés. Los Delitos contra la Administración Pública. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal español de 1995*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria, 2006, p. 361-403, p. 361.

⁸³⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inés. Los Delitos contra la Administración Pública. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal español de 1995*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria, 2006, p. 361-403, p. 362.

⁸³⁵ Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “tal trabalho [ou seja, de compatibilizar o aparentemente incompatível] tem nos magistrados as personagens de primeira linha não só por serem os principais *garantes do cidadão e da CR* mas, ainda, por serem destinatários primeiros do texto constitucional e criadores mais relevantes das normas (Eros Grau, Lenio Streck Alexandre Morais da Rosa, Miranda Coutinho, entre outros), pois *iuris dictio* (de *dicere ius*) com possibilidade de *res judicata*, dependendo da decisão, como se sabe. Assim, se intervêm o STF e os demais juízes, por certo se vai caminhando no sentido da vera mudança do sistema, por sinal como ocorreu na Itália do pós-guerra” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, v. 1, p. 139).

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

Haveria, ainda, apesar de tudo, um conflito entre o *ne bis in idem* e a independência entre as instâncias a ser superado? Parece já haver razões suficientes a negar a existência de um real antagonismo entre o *ne bis in idem* e a independência entre as instâncias. Porém, como ela é chamada, por vezes, de *princípio*; e, a partir disso, outras cogitações seriam objetáveis, parece ser pertinente antecipar a hipótese, na medida do possível, para, desde logo, tentar refutar.

Neste sentido, de plano, tem-se que ela se não sustenta como um *princípio* da ordem daqueles *princípios gerais* que Karl Larenz apresenta como passíveis de serem “condensados numa regra imediatamente aplicável”⁸³⁶ – e, portanto, *lex*, em si próprios, e não só *ratio legis* –, ou seja, daqueles que, de tão “evidentes”, o legislador teria julgado desnecessário explicitar, mas tão-somente as exceções. E não só porque, entre eles, o autor relaciona o próprio *ne bis in idem*, mas porque, esses princípios gerais são concretizações do Estado de Direito – apresentado pelo autor como um princípio que contém uma “ideia diretiva” a nortear todos os demais subprincípios⁸³⁷ –; e, essa independência entre instâncias aponta em outra direção. Notadamente, nas condições em que se coloca.

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

Na linha do que propõe Robert Alexy sua a teoria sobre os direitos fundamentais, “toda norma é ou uma regra ou um princípio” – e ambos são juízos de dever-ser –, sendo que, enquanto as regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁸³⁸, os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”; e, enquanto as regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁸³⁹, a medida da satisfação dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas, que são medidas e determinadas, concretamente, em face dos princípios e regras colidentes.

⁸³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 676-683. p. 682.

⁸³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 676-683.

⁸³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90-91.

⁸³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90-91. (Destaque no original)

Além disto, “[u]m conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”⁸⁴⁰, tendo em vista que “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”⁸⁴¹. Neste caso, portanto, a decisão é sobre validade.

Agora, se dois princípios colidem e um deles tem de ceder, não quer dizer que seja inválido, nem que há necessidade de que seja introduzida uma cláusula de exceção. O que acontece é que se constata que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”⁸⁴². Aqui, o conflito não se dá na dimensão validade, mas na dimensão do peso.

Para solucionar esses casos, Alexy⁸⁴³ concebe uma fórmula que denomina **lei da colisão**, sugerindo que, o sopesamento que se realiza por meio dela, resulta em uma **norma de direito fundamental atribuída**.

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

A solução, segundo Alexy⁸⁴⁴, é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (concreta ou relativa) entre os princípios, sendo que a questão a ser respondida é a seguinte: sob quais **condições** um princípio deve prevalecer ou deve ceder?

E um dos pontos importantes para essa teoria das relações de precedência condicionadas, no entendimento de Alexy, neste aspecto, é que essas **condições** dizem com os direitos fundamentais; são as condições sob as quais se verifica uma violação a direitos

⁸⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92.

⁸⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93.

⁸⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93.

⁸⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94-99.

⁸⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

fundamentais. Em resumo, “[s]e uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”⁸⁴⁵.

Eis a regra que deve balizar a definição da relação de precedência; e o resultado dessa definição se estabelece como um enunciado de preferência que também se consagra como uma regra. Nas palavras de Alexy, “de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente”⁸⁴⁶.

Sinteticamente, então, prescreve: “[a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”⁸⁴⁷.

Ainda, diz que: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”⁸⁴⁸.

Sob estas bases, é possível conceber uma solução para um eventual conflito entre a independência entre as instâncias e o *ne bis is idem*? Se “princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”⁸⁴⁹ e a independência entre as instâncias for aceita como um princípio, nos termos em que Alexy os qualifica, um exercício de sopesamento que resulte em um enunciado de preferência mais favorável à prevalência do *ne bis idem* pode exigir que aquele ceda.

Por outro lado, se, a despeito de ser denominado comumente como princípio, efetivamente, revestir-se das características das regras, o princípio do *ne bis in idem* pode lhe ser imposta como uma cláusula de exceção, seguindo-se a linha de raciocínio de Alexy, no sentido de que “[a] introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

⁸⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

⁸⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

⁸⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

⁸⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

⁸⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

Até porque, segundo ele, “o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios”⁸⁵¹ (como, por exemplo, mais a favor dos interesses individuais do que de interesses coletivos), ainda que isso não os vá igualar às regras, em termos de caráter. “[O] caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte”⁸⁵².

Isto, porém, não dispensaria o sopesamento, visto que princípios apenas estabelecem direitos *prima facie*, no entendimento de Alexy. Segundo ele, “decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei da colisão, a definição de uma regra”⁸⁵³.

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

Sendo assim, se um amplo grupo de condições de precedência confere um altíssimo grau de certeza a um dado princípio, como é o caso do princípio do *ne bis in idem*, e a relação de preferência que (sabidamente) estabelece em face de outros princípios lhe confere, nesta medida, conteúdo de regra, pode-se aventar a viabilidade de que um juízo ponderativo prévio deva ser feito pelo próprio legislador. Ou para lhe consolidar com cláusula de exceção à propugnada independência entre as instâncias (se tomada como regra); ou para conferir ao *ne bis in idem* igual posição (ou seja, de regra, em caráter definitivo), obrigando os intérpretes, nesse último caso, a ressignificar a independência entre as instâncias, sob pena de que a discussão atinja a dimensão da validade.

Tendo-se que os ilícitos penais e administrativos não são substancialmente diferentes e que os mesmos bens jurídicos respaldam a tutela da proibidade nas duas vias repressivas, a solução seria reconhecer que, quando a política legislativa resultar em cumulação, por não atentar para a necessidade de coordenação, haverá *bis in idem*.

⁸⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

⁸⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

⁸⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 108.

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

Ademais, o princípio da separação dos poderes – do qual deriva a suposta independência entre as instâncias –, agora usando as palavras de Sirlene Nunes Arêdes, “firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder”⁸⁵⁴. Portanto, a “sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual o princípio foi concebido”⁸⁵⁵.

Sendo o Estado uma instituição una, na qual as divisões internas apenas existem para garantir funcionalidade à sua atuação e à proteção de direitos fundamentais contra arbitrariedades, “consiste em subversão à lógica da separação dos poderes o entendimento conforme o qual esse princípio permite onerar as pessoas submetidas à ordem jurídica”⁸⁵⁶.

Dentro desse contexto, tem-se que, em termos de carga protetiva de direitos fundamentais, o peso da vedação ao *bis in idem* na equação de sopesamento com a independência entre as instâncias é superior. Nem toda intervenção estatal na esfera de direitos individuais está legitimada pelo *ius puniendi*; e, tampouco, pode ser justificada, simplesmente com base no princípio da independência entre as instâncias⁸⁵⁷.

A obviedade dos pesos atribuídos aos princípios em colisão, neste caso, leva a que a relação de precedência estabelecida entre eles seja tão sólida, que a regra extraída do enunciado de preferência pode ser antecipada e positivada pelo legislador. Em vista de suas bases e

⁸⁵⁴ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223.

⁸⁵⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223.

⁸⁵⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. p. 223. No entendimento de Fábio Medina Osório, o que sustenta o dogma da autonomia entre as instâncias é a tentativa de punir todas as condutas declaradas ilícitas pelo Poder Legislativo (OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 353).

⁸⁵⁷ Neste sentido, conforme ensina Ana Paula de Barcellos, “as constituições contemporâneas em geral, e a brasileira em particular, consagram o homem, sua dignidade e seu bem-estar como centro do sistema jurídico. Se é assim, é perfeitamente possível conceber uma preferência – de caráter *prima facie* – para as disposições constitucionais diretamente relacionadas com esses fins constitucionais (...)” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73).

contornos, o princípio da independência entre as instâncias não consegue se desincumbir do ônus argumentativo que a vedação ao *bis in idem* lhe atribui.

A bem da verdade, dada a sua incorporação ao ordenamento pátrio como direito fundamental e a sua estreita ligação com outros direitos fundamentais, pode-se dizer que o *ne bis in idem* se apresenta como um critério de preferência aplicável diretamente⁸⁵⁸. Não porque independeria de sopesamento, mas porque a sua consagração já é o resultado de um exercício ponderativo prévio, cujo resultado é a sua consolidação como regra.

Essa ideia se assemelha àquela defendida por Daniel Wunder Hachem, quando trata da questão do mínimo existencial, dizendo que “[d]o mesmo modo como há um consenso social em relação ao desrespeito à dignidade provocado por determinadas ações (v.g. prática de tortura), deve haver um consenso social acerca da transgressão do mesmo princípio quando da omissão do Poder Público importar uma situação de flagrante indignidade”⁸⁵⁹, sendo o mínimo existencial justamente isso: o “núcleo material do princípio da dignidade humana”.

Em face destas e de outras considerações, ele sustenta que “[s]ua incidência dá-se pelo método da subsunção, não podendo ser objeto de ponderação, uma vez que o seu conteúdo coincide com o núcleo essencial irreduzível dos direitos fundamentais, insuscetível de sopesamento”⁸⁶⁰. E isto, porque já é o resultado de um sopesamento. Portanto, “não se trata, na verdade, de efetiva blindagem contra qualquer ponderação: o que se entende é que esta já foi previamente realizada pelo constituinte – tornando-o, assim, um direito definitivo e não *prima facie* (...)”⁸⁶¹.

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

⁸⁵⁸ Na linha do que sugere Alexy, ao tratar dos direitos fundamentais com reserva qualificada (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132).

⁸⁵⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 211.

⁸⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 223.

⁸⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-240, p. 223.

Dizer o contrário importaria, no mínimo, uma despreocupação com a necessidade de que o sistema jurídico funcione de maneira coerente, o que é salutar para o resguardo da proporcionalidade das sanções e da segurança jurídica, não só no âmbito judicial⁸⁶², mas no âmbito legislativo também.

A este respeito, é interessante a posição defendida por Luc J. Wintgens⁸⁶³, quando propõe que os problemas legislativos sejam estudados sob o ângulo da teoria legal (*legal theory*), mas a partir de uma abordagem que ele chama de legisprudência (*legisprudence*⁸⁶⁴), como um contraponto à jurisprudência; e que se volta para a atuação do legislador – e não para o julgador –, tratando o ato de legislar não como uma mera questão de política (e, como tal, sujeita a lógica e jogos de poder próprios).

Dessa forma, segundo ele, questionamentos que tradicionalmente eram cobertos pelo manto da soberania (em que medida o legislador precisa levar em conta a sistematicidade da ordem legal, o que se considera como norma válida, quais significados podem ser criados e como, por exemplo), passam a poder ser direcionados ao legislador⁸⁶⁵. Então, para o desenvolvimento de uma teoria racional de produção legislativa o autor defende, a liberdade como *principium* e como a base para os princípios que irão, finalmente, concretizarem-se em deveres ao legislador⁸⁶⁶.

O princípio da coerência é o primeiro desses princípios e o que ele exige é que as normas façam sentido como um todo (“[i]t requires that norms make sense as a whole”); que

⁸⁶² Em reforma recente, operada pela Lei nº 13.655/2018, a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) veio a dispor no art. 22, § 3º, que as sanções aplicadas aos agentes públicos serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Isto já é um grande avanço, mas não deixa de ser tratar de mais um dispositivo legal que dá margem para que se relegue a vedação ao *bis in idem*; e que restringe a aferição da proporcionalidade do poder empregado no exercício da atividade punitiva estatal à dosimetria das sanções aplicadas.

⁸⁶³ WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 1-39.

⁸⁶⁴ Segundo ele: “Legisprudence has as its object legislation and regulation, making use of the theoretical tools and insights of legal theory. The latter predominantly deals with the question of the application of law by the judge. Legisprudence enlarges the field of study to include the creation of law by the legislator. Within this new approach, a variety of new questions and problems are raised (including the validity of norms, their meaning and the structure of the legal system) that are traditionally dealt with from the perspective of the judge or are taken for granted by classical legal theory. However, by shifting the attention to the legislator, the same questions arise, such as in what sense the legislator has to take the systematicity of the legal order into account, what counts as a valid norm and what meanings can be created and how, to mention just a few” (WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 2).

⁸⁶⁵ Nas palavras do autor: “Traditional legal science covers many of these questions with the cloak of sovereignty. Legislators being sovereign, they decide what will count as a valid norm and what its meaning is. Whether and how it fits into the system is then a matter of interpretation—and this is the task of the judge and the legal scientist”. (WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 2).

⁸⁶⁶ WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5.

não sejam contraditórias entre si; que o legislador apresente o porquê das mudanças operadas – ou não – com o passar do tempo; e que respeite teorias não propriamente legais (“theories that are not themselves law, but to which legislators must refer in order to justify their norms”)⁸⁶⁷. Seguindo a proposição do autor, tem-se que, nesse plano, a coerência, tipicamente, relaciona-se com as regras que balizam as normas e com a separação de poderes, devendo assumir, sempre, por princípio, a liberdade⁸⁶⁸.

Os demais princípios são os da alternatividade, temporalidade e necessidade de densidade normativa, mas atendo a análise apenas àquilo que mais se relaciona ao objeto deste estudo, tem-se que o conteúdo conferido pelo autor a este último princípio é altamente elucidativo. Segundo o autor, em face dele, não se pode atribuir às sanções, de plano, a maior densidade normativa possível, sendo que, para que algo assim seja admissível, justificativas suplementares devem ser apresentadas, de modo a demonstrar a razão pela qual alternativas menos gravosas não serviriam para atender os propósitos em causa⁸⁶⁹.

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

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

Tendo-se que o ordenamento jurídico constitui um sistema, desde que as normas que o compõem se relacionem de forma coerente, empresta-se de Norberto Bobbio, o seguinte questionamento: “[q]ue ordem pode haver entre as normas de um ordenamento jurídico, se o critério de enquadramento é puramente formal, isto é, referente não à conduta que elas regulam,

⁸⁶⁷ WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5.

⁸⁶⁸ Do original: “[t]his level of coherence, typically, refers to theories like the rule character of norms, the separation of powers, and others, all of which, so it is argued, refer to freedom as principium” (WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5).

⁸⁶⁹ Do original: “[r]ules should not automatically contain sanctions as the strongest form of normative density. If sanctions are included, this requires a specific and supplementary justification why weaker alternatives (information campaign, incentives, labelling, covenants and so on) are not withheld” (WINTGENS. LUC J. *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 4-5).

mas unicamente à maneira com que foram postas? Da autoridade delegada pode emanar qualquer norma?”⁸⁷⁰. Indo ainda mais longe, ele pergunta: “se pode emanar qualquer norma, pode emanar também uma norma contrária àquela emanada de uma outra autoridade delegada? Mas poderíamos ainda falar de sistema, de ordem, de totalidade ordenada num conjunto de normas no qual duas normas contraditórias fossem ambas legítimas?”⁸⁷¹”.

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

3.3.2 A Satisfação do *ne bis in idem* pela fórmula da tríplice identidade e o problema da troca de etiquetas

Em vista do arcabouço normativo brasileiro de combate à corrupção, que se divide – segundo ele – em três esferas independentes (penal, civil e administrativa), abrangendo, no âmbito civil e administrativo, a Lei de Improbidade Administrativa, Yuri Corrêa da Luz⁸⁷² sustenta, por exemplo, que três das principais condutas penais delitivas – corrupção ativa e passiva e concussão, na forma dos artigos 317, 333 e 316, do Código Penal –, visam proteger o bem jurídico “regular funcionamento da Administração Pública”.

Fábio André Guaragni, por outro lado, como já mencionado antes, aponta que tudo o que a Lei de Improbidade Administrativa prevê, em termos de reação, também se encontra no Direito Penal como reação; e, ainda, que, quando fala do erário, pelo menos em parte, o Direito Penal contempla os mesmos bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa – os quais, segundo ele, consistiriam na probidade, na boa imagem da administração –, de modo que haveria uma sobreposição parcial de pretensões estatais de proteção⁸⁷³.

⁸⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71-72.

⁸⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 73-74.

⁸⁷² LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011.

⁸⁷³ Apesar das coincidências que reconhece haver entre esses dois âmbitos – os quais, por sinal, diz que “fazem parte das manifestações estatais de um Poder Punitivo Geral” – o autor sustenta o entendimento de que “a permissão ao *bis in idem* somente incide quando os efeitos promanam de campos diversos do direito”, além de que se trataria campos que possuem fins diferentes, na visão dele. Para esse autor, “[a] LIA cria um sistema contínuo de proteção à probidade, ou à boa gestão pública. E o direito penal não. É um sistema fragmentário ou descontínuo de proteção”. Ainda, enquanto a LIA operaria com o “emprego de normas definitórias de caráter amplo”, o Direito Penal traria “tipos penais”; e, enquanto “[o] direito penal não se interessa por todo o conjunto de ilícito, mas por

Em uma análise mais ampla, que leva em consideração a Lei nº 12.846/2013 (a chamada Lei Anticorrupção), a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei dos Crimes de Responsabilidade, a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990) e os diversos tipos penais que envolvem matéria de controle público, Luciano Ferraz sustenta, ademais, que o bem jurídico tutelado, em todos esses casos, é “a regularidade das relações internas e externas da Administração Pública”⁸⁷⁴.

O campo de incidência desses diplomas compreende competências administrativas atribuídas a diferentes órgãos e, também, judiciais, tanto em área de especialidade criminal, quanto civil. Ainda, fora desse rol, tem-se as leis que regulam a atuação dos Tribunais de Contas, os quais, ao fiscalizarem atos dos quais possam resultar danos ao erário – podendo impor sanção –, não deixam de estar tutelando esse mesmo bem jurídico, se assim se pode chamar⁸⁷⁵. Pode-se dizer o mesmo acerca das inúmeras leis que definem Estatutos para os servidores públicos⁸⁷⁶.

Além disto, não há sujeitos passivos designados, com exclusividade, a cada uma dessas esferas. Tanto pessoas jurídicas, quanto pessoas físicas (sejam particulares, servidores públicos ou agentes políticos) poderão adequar suas condutas a previsões de dois ou mais desses diplomas legais.

E o ponto é: se cada um deles correspondesse, efetivamente, a uma específica estratégia de controle, de qualquer jeito, a sua associação haveria de ser justificada, já que objetivo final de todos, em última análise – frente ao bem jurídico coletivo tutelado – é o mesmo. Ainda, se essa associação de várias estratégias punitivas se mostrasse necessária para o incremento da proteção do bem jurídico tutelado, não haveria de se realizar com o emprego das mesmas ferramentas, no caso, das mesmas sanções.

É possível que um mesmo ato lesione um único bem jurídico coletivo de diferentes formas ou, mesmo, que uma só afronta projete efeitos sobre variados bens individuais; e que,

fragmentos dele”, “a LIA ataca todo o mar de ilicitude definido como improbidade administrativa”. Esta última, segundo Fábio Guaragni, seria a diferença fundamental entre os esses dois ramos. (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: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 1-29, p. 17-18).

⁸⁷⁴ FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 12, p. 33-43, out./dez.2014).

⁸⁷⁵ Exemplificativamente, pode-se mencionar, neste ponto, a Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

⁸⁷⁶ A Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, é uma delas.

por isto, a ingerência de diferentes esferas – com aptidões próprias – e a aplicação de mais de uma modalidade de sanção se coloque como alternativa. Mesmo assim, a associação de variadas técnicas dependerá de uma justificativa lastreada em critérios racionais personalistas. Até porque, dentro de uma realidade onde é difícil distinguir o bem jurídico coletivo tutelado em cada esfera – quiçá, porque indistinguíveis –, ao passo que as lesões aos bens individuais implicados, por mais que prováveis, são apenas potenciais, com a tese de que se trata de manifestações do *ius puniendi* que se voltam à proteção de diferentes bens jurídicos, o valor da noção de bem jurídico, como critério limitador, não só é perdido, como se inverte.

Aqui, cabe levar em consideração a posição sustentada por Alejandro Nieto. Ele, que já na década de 1990, ao tratar do *ne bis in idem* em vista dos interesses protegidos por pelas instâncias judicial e administrativa, revelava uma importante preocupação com a consistência do argumento – quando empregado – de que lesões a diferentes bens jurídicos justificariam a aparição de duas infrações, retoma o assunto na quinta edição publicada, quase vinte anos depois, mostrando que essa preocupação não só permanece tendo lugar, como se intensificou.

Na segunda edição, jogando com a possibilidade de admitir essa justificativa como plausível, ele manifestava preocupação com a questão de “hasta qué punto puede el Legislador declarar bienes e intereses dignos de protección jurídica”⁸⁷⁷. Apontando ser indubioso que o encargo de selecionar os interesses passíveis de tutela é do legislador, dizia não ser menos certo o fato de que a sua proliferação acaba por romper grandes conquistas do Direito Administrativo Sancionador, a começar pela vedação ao *bis in idem*. Nas palavras do autor, “[d]e nada vale, en efecto, proclamar enfáticamente que nos es lícita la misma sanción por un hecho único, si a renglón seguido se prevé una excepción de tamaño envergadura. Con una simple triquiñuela puede así escapar el Legislador y el operador jurídico a los rigores de un dogma incluso aun cuando este constitucionalmente reconocido”⁸⁷⁸.

Na quinta edição⁸⁷⁹, ele aponta que para bloquear a incidência da vedação ao *bis in idem* é comum a invocação, como subterfúgio, ou da existência de uma relação de sujeição especial, ou que há uma variedade de interesses protegidos (“los funcionarios han de aceptar la doble sanción [penal y administrativa] o bien por considerarse que se encuentran en una relación de sujeción especial, o bien porque si entiende que son diversos los bienes e intereses jurídicos protegidos”⁸⁸⁰). Nada obstante, ressaltando as situações em que se vê que a reiteração

⁸⁷⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1994, p. 408.

⁸⁷⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1994, p. 408.

⁸⁷⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 474.

⁸⁸⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 474.

decorre, simplesmente, de descoordenação ou ignorância do legislador, diz que ela poderia não ser de todo inútil; e que a possibilidade de que diversos órgãos atuarem na persecução de um mesmo infrator, suprindo uns as deficiências dos outros, por exemplo, até poderia ser proveitosa (“aun a riesgo, sin embargo, de la reduplicación de actuaciones si los dos son diligentes, que no se sabe lo que es peor”⁸⁸¹).

O interessante é refletir sobre a razão que o leva a elastecer o raciocínio, para depois afastar as concessões conjecturadas, razão essa que, segundo ele, superaria em importância a alegação de que, de qualquer modo, essas sobreposições não seriam desejáveis dentro de uma política sancionadora bem ordenada. Na percepção do autor, dada a largura do leque de sanções existentes, “es prácticamente imposible que coincidan las que en la práctica se imponen para um mismo hecho por los dos órganos actuantes, puesto que cada uno tiene su próprio criterio y rigor”⁸⁸². Como consequência: “el ciudadano está em manos del azar, expressado aqui em la imprevisible y cambiante dureza o tolerancia de los órganos administrativos que se decidan a perserguirle”⁸⁸³.

Pois bem. A jurisprudência espanhola foi precursora ao expandir a aplicação do *ne bis idem* para além dos limites do Direito Penal⁸⁸⁴. Por conta disso, é pródiga em exemplos de casos em que discussões sensíveis acerca de seus limites se colocaram; e de como a interpretação de critérios preestabelecidos pode variar e levar a novos impasses. É claro que, a despeito da relação de congruência prática que possam – ou não – estabelecer, as condições de aplicação do *ne bis idem* tendem a variar, dependendo de quais sejam as premissas características de um ordenamento jurídico e outro; e, portanto, dificilmente seria possível estabelecer uma visão unitária sobre quais vem a ser a suas implicações práticas.

⁸⁸¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 474.

⁸⁸² NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 474.

⁸⁸³ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 474.

⁸⁸⁴ Nada obstante, tal como refere Helena Regina Lobo da Costa, ele, o *ne bis in idem*, já é empregado, também, como ferramenta em outros ordenamentos, como no alemão e no italiano, por exemplo. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242). A esse respeito, Tomás Cano Campos conta que o abandono da “tesis de la diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas”, tem aberto caminho para isso; e que, na Alemanha, porém, “se sigue afirmando la existencia de diferencias cualitativas entre penas y sanciones administrativas. Pero, al margen de si hay o no una identidad absoluta entre unas y otras, la aplicación del *non bis in idem* puede sostenerse, como se ha afirmado recientemente, si se tiene en cuenta la existencia de «una identidad mínima, una identidad sustancial básica entre la sanción penal y la sanción administrativa, una mínima naturaleza común, derivada precisamente de su carácter de sanción, y que dificilmente puede ser negada: a saber, que tanto las penas como las sanciones administrativas constituyen un *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, un mal que se impone como tal mal, en respuesta a un ilícito previo. A partir de esta consideración, a menudo olvidada en la interminable discusión sobre la identidad o diversidad de naturaleza entre ambos tipos de sanciones, puede intentarse construir un sistema justo de reacciones punitivas, que contemple al individuo en su dignidad y no lo sancione más allá de lo merecido” (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001 p. 194-195).

O propósito central desta análise não é esmiuçar essas distintas premissas, mas identificar, na medida do possível, quais contornos a vedação ao *bis in idem* – já admitida como direito fundamental –, poderia assumir no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, em vista das premissas que decorrem da Constituição da República de 1988. Para isso, nada obstante, tem-se por agregável a análise de algumas construções doutrinárias e jurisprudenciais que já avançaram mais na densificação do seu conteúdo e na detecção de alguns dos obstáculos que podem lhe atrapalhar a eficácia.

Com efeito, face ao reconhecimento da vigência desse postulado e de sua aplicação na jurisprudência, a doutrina espanhola analisa o *ne bis in idem*, basicamente, a partir dos pressupostos de que ele deve incidir, para obstar a sobreposição de sanções – administrativa e penal – nos casos em que se verifique uma **identidade tríplice**: de sujeito, ato e fundamento jurídico (bem jurídico); e, além disso, de que possui duas vertentes, uma, **material** ou **substancial**, e, outra, **processual**⁸⁸⁵. A primeira, pondo ênfase no resultado, proibiria a própria duplicidade de sanções; e a segunda, impediria que a mesma conduta fosse sancionada, repetidamente, por meio de distintos processos⁸⁸⁶.

Com isso, porém, não se dissolveram – e não se dissolvem – todas as dificuldades de articulação das instâncias sancionadoras. As tarefas que se colocam, na sequência – sobretudo, a de apontar se são idênticos os fundamentos empregados para diferentes imputações –, não são simples. Tal como adverte Alejandro Nieto, em linha com o que já vem sustentando, “[p]or lo pronto, la identidad de fundamento es imposible si por tal se entiende la base legal de imputación puesto que una ha de encontrarse en una norma penal y la otra en una administrativa”⁸⁸⁷.

Logo, não se desprender dessa amarra significa, além de tudo, não poder ir adiante. Parece ser bem, por isso, que a jurisprudência pátria não consegue avançar, contribuindo para a manutenção de um estado de coisas onde a prática de troca de etiquetas, além de ser tolerada

⁸⁸⁵ PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio M^o Bueno. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 360.

⁸⁸⁶ Nas palavras de María Jesús Gallardo Castillo, “[d]esde esta perspectiva, material o substancial, el principio se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi de Estado (STC 2/1981, de 30 de enero)”; e “con la procesal, como contenido inherente al principio *non bis in idem* al declarar que ésta impede que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues ‘semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (STC 77/1983, de 3 de octubre)” (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestade sancionadora*: teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p. 295-296).

⁸⁸⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 469.

como uma espécie de técnica legislativa *ad hoc*, serve para instrumentalizar manobras políticas populistas. Daí, aliás, ser possível pensar que, subordinar essa análise apenas ao preenchimento de critérios formais, restringindo-a ao âmbito legislativo, pode ser, em si, uma estratégia. A questão é que, partindo da matriz garantista agasalhada pela Constituição brasileira de 1988, não há uma cadeia de significantes capaz de conduzir uma tal estratégia a um posto de legitimidade.

Para enfrentar, precisamente, o problema das etiquetas formais atribuídas às sanções previstas nos diferentes diplomas legais incidentes sobre um mesmo fato, Helena Regina Lobo da Costa desenvolve um raciocínio valioso a partir dos critérios adotados pelos espanhóis para aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa (identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de fundamento jurídico, com ênfase no último). A sua primeira consideração é a seguinte: “caso não se queira fazer letra morta do *ne bis in idem*, a compreensão desse critério [identidade de fundamento jurídico] deve ir além de considerações meramente formalistas, como a disposição das normas em uma ou em outra lei ou conjunto de leis”⁸⁸⁸. Então, defende que a vedação ao duplo sancionamento nas áreas penal e administrativa se fundamenta e estrutura na proporcionalidade, pela análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), em ordem encadeada, face à sua relação de subsidiariedade; e ela faz essa análise partindo da premissa de que a finalidade dessas sanções é “de retribuição pela prática de ilícitos, especialmente, a prevenção da prática de novas condutas ilícitas”⁸⁸⁹.

No quesito adequação, entende que a imposição de pena e sanção administrativa pelo mesmo fato não viola o princípio da proporcionalidade, visto que “a cumulação de sanções, em princípio, é um meio que fomenta ou promove os fins de retribuição ou prevenção de comportamentos”⁸⁹⁰, mas aventa a hipótese de haver um aspecto disfuncional ligado à ideia de que se estaria, com isso, produzindo “prevenção”, visto que “as incidências de distintas esferas sobre os mesmos fatos resulta, em muitos casos, em decisões contraditórias, o que pode levar,

⁸⁸⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 219.

⁸⁸⁹ Com esteio, segundo ela, no caminho desenhado por Virgílio Afonso da Silva (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 223).

⁸⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 224)

ao longo do tempo, a percepções confusas por parte do destinatário da norma quanto ao comportamento que dele se espera”⁸⁹¹.

Já no teste da necessidade, que exige “uma análise comparada sobre a eficiência das possíveis soluções, impondo que se escolha a menos gravosa aos interesses privados”⁸⁹², a autora sustenta que a “cumulação de sanção administrativa e penal não passa”. Nas palavras dela, “[n]ão é possível sustentar que incidência cumulada das esferas penal e administrativa seja mais eficiente do que a aplicação somente da esfera penal ou somente da esfera administrativa”⁸⁹³.

Se a hipótese somente autorizasse sancionamento na esfera administrativa – porque não preenchidos os requisitos penais – e, ainda assim houvesse incriminação, estar-se-ia a empregando por demais onerosos para o atingimento da finalidade. Se por outro lado, puder incidir direito penal e administrativo, pelas características da matéria, o legislador deve decidir em favor do meio mais eficiente para o atingimento dos fins de retribuição e prevenção, na visão dela⁸⁹⁴. “Essa solução respeita o âmbito de opção política, pois o legislador poderá escolher a sanção que lhe pareça mais efetiva. Entretanto, não poderá impor duplo sancionamento, por meio de distintas esferas”⁸⁹⁵.

Aqui, antes de avançar, poder-se-ia imaginar uma formulação um pouco diferente para conformar a atuação do legislador – sem prejuízo da conclusão de que não poderá impor o mesmo sancionamento por meio de distintas esferas –, com base no que se vem sustentando. Primeiro, deve-se ter por inafastável que a decisão dele, legislador, não é vinculada, apenas, nos aspectos formais. Depois, que a determinação desse meio mais eficiente para atingir o fim de retribuição e prevenção nunca poderá se dar com privilégio a outros interesses, que não os

⁸⁹¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 225-226.

⁸⁹² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 226.

⁸⁹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 226.

⁸⁹⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 226.

⁸⁹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 226.

interesses individuais. Significa dizer, por exemplo, que, frente a um embate entre *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*, o primeiro nunca deveria ceder ao segundo⁸⁹⁶.

Por não ultrapassar a barreira da necessidade, a análise de Helena Regina Lobo da Costa nem chega ao quesito proporcionalidade em sentido estrito. Ao final, ela se posiciona no sentido de que o *ne bis in idem* configura uma regra destinada especialmente à atividade legislativa⁸⁹⁷.

E para contrapor a posição daqueles que não aceitam a sua aplicação, sustentando que as instâncias penal e administrativa seriam independentes, Helena Regina Lobo da Costa⁸⁹⁸ ainda assevera que essa justificativa é bastante frágil, já que não conta com uma estruturação teórica, que aponte os seus fundamentos; e não há apoio constitucional, explícito ou implícito, para uma concepção de independência com essa envergadura.

⁸⁹⁶ Neste ponto, cumpre mencionar que o art. 22, da LIA, dispõe que, “[p]ara apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo”; e que o art. 14, § 4º, do mesmo diploma legal, diz que a “[a] ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”. Nada obstante – e, apesar da autoridade competente, no caso, o Ministério Público, poder usar o inquérito civil como ferramenta preparatória –, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que: “1. Nos termos da orientação jurisprudencial desse Sodalício, basta a presença de indícios de cometimento de atos de improbidade a fim de que seja autorizado o recebimento da petição inicial da ação civil pública destinada à apuração de condutas que se enquadrem à Lei nº 8429/92. Deve, assim, prevalecer o princípio do *in dubio pro societate*. 2. Neste ponto, cumpre ressaltar que ‘a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. Não se exige, contudo, que desça a minúcias das condutas dos réus, nem que individualize de maneira matemática a participação de cada agente, sob pena de esvaziar de utilidade a instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados” (STJ. REsp 1.040.440/RN. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe de 23/04/2009)” (STJ. AgInt no REsp 1917098/PR. Rel. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJe 27/05/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100149680&dt_publicacao=27/05/2021>. Acesso em 20 jun. 2021). Sobre esse caso, é interessante mencionar que o Tribunal de origem havia posição no sentido de que de a ação de improbidade não seria cabível, porque a hipótese seria de crime de abuso de autoridade, mas a Corte Superior *ad quem* disse que “a circunstância de os fatos narrados na inicial, aparentemente, se subsumirem a algum tipo penal previsto na Lei de Abuso de Autoridade não afasta a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa”; e que, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o atentado à integridade física de particulares praticado por agente público, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, também pode configurar ato de improbidade administrativa, uma vez que, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito”. Aqui, poder-se-ia levantar alguns questionamentos, mas o principal, talvez fosse: “os interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito” já não estão sendo tuteladas por alguma – ou algumas – das demais esferas?

⁸⁹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 222-226.

⁸⁹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 222-226.

3.3.3 O *Ne bis in idem* como ferramenta de racionalização do *ius puniendi* e a sua concretização pela via do concurso

Para superação dessa realidade, tem-se que a noção de bem jurídico – de viés pessoal –, desde a perspectiva da finalidade das sanções, pode ter um significativo papel (limitador) a cumprir, inclusive, no sentido de abrir passagem a uma operacionalização concreta do *ne bis in idem*.

Na esfera legislativa, como critério limitador do *ius puniendi* estatal e balizador, colocando os interesses do indivíduo como barreira à instrumentalização do aparato estatal para o atingimento de outros interesses menores ou ilegítimos; e exigindo organicidade na demarcação das competências sancionatórias, levaria a que *ne bis in idem* tivesse de ser considerado desde esse primeiro momento interventivo. No âmbito da aplicação, diria: sempre que um mesmo referente – fundamento – der base a diferentes imputações, com previsão de aplicação de sanções idênticas ou equivalentes –, estará constituído o substrato necessário a atrair a incidência da vedação ao *bis in idem*. Isto, porque a ingerência estatal sobre a esfera individual de direitos do cidadão exacerba, concretamente, os limites da proporcionalidade, quando a proteção de um determinado bem jurídico já coberta por uma determinada tipificação aparece como fundamento para outra, sem que os mecanismos de tutela sejam alterados. E, neste aspecto – parece claro – a verificação não pode acontecer pela lente das classificações legais.

Dentro dessa dinâmica, o *ne bis in idem* funcionaria como um instrumento de racionalização do *ius puniendi* em todos os níveis, ainda que, mais acentuadamente, no âmbito da aplicação, já que a dupla tipificação não estaria – como não está –, de plano, proibida⁸⁹⁹.

De fato, a jurisprudência espanhola já andou mais na direção de conferir maior alcance ao *ne bis in idem*, mas, ao longo dos anos, não só não tratou da questão com uniformidade,

⁸⁹⁹ Neste sentido, Tomás Cano Campos assevera que: “[e]l *non bis in idem* no se mueve tanto en el ámbito de la creación del Derecho sancionador cuanto en el de su aplicación, pues más que impedir que un determinado comportamiento se encuentre tipificado de forma simultánea en varios preceptos como delito o infracción administrativa, algo que en ocasiones será inevitable, lo que prohíbe es la aplicación conjunta de tales preceptos al comportamiento en cuestión” (...). En cualquier caso, en el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, tratara de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetara el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del *non bis in idem* y los problemas que el mismo plantea” (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001).

como, em diversas ocasiões, deixou de aplicar a fórmula da tríplice identidade desde a perspectiva do tipo imputado, propriamente – independentemente da norma onde estava alocado –, levando a que, por vezes, a proibição ao *bis in idem* se tornasse, igualmente, inoperante, embora por outros caminhos⁹⁰⁰.

Por conta disso, Alejandro Nieto Gracia encara com ceticismo a suposta aptidão que a fórmula da tríplice identidade teria de lhe dar concretude material. Na opinião dele, “la eventual variedad de bienes e intereses protegidos no altera el régimen jurídico de la prohibición de *bis in idem*, posto que lo único que legitima es que el legislador tipifique como infracción acciones que lesionen tales intereses”⁹⁰¹. A questão para a qual chama atenção, então, é seguinte: “una cosa es la justificación o motivación de la norma y otra muy distinta su contenido”⁹⁰². É isso o que, segundo ele, verdadeiramente, importa, nesse âmbito; e, na prática, significa que “*ha de ser la propia norma* la que se preocupe de incluir en el tipo las matizaciones inherentes al interés que está querendo proteger”⁹⁰³.

Daí parte a conclusão do autor de que, no campo da aplicação, onde a proibição ao *bis in idem* deve se materializar, definitivamente, os tipos concorrentes devam ser analisados, rigorosamente, para que seja possível determinar se são idênticos – caso em que haverá concurso de leis – ou concêntricos (consuntivos). Essa segunda hipótese se verifica quando

⁹⁰⁰ A Constituição espanhola de 1978 não consagra o *ne bis in idem*, textualmente – assim como a brasileira –, mas a Espanha também aderiu a convenções internacionais que o acolhem. A previsão em torno da qual as discussões se situam por lá é aquela contida no art. 25.1 (“[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”); e ela, por si, não diz qual extensão se deve conferir a tal postulado (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 29/05/2021). No entanto, a Espanha possui uma lei que regula o poder sancionador das Administrações Públicas e da Comunidade Autónoma do País Vasco (a Lei nº 2/1998, chamada LPSPV) e, como aponta Alejandro Nieto, “consciente de la ambigüedad de esta cuestión” [ambigüidade essa que o autor mostra estar refletida em julgados do Tribunal Constitucional espanhol], o legislador espanhol decidiu aclará-la, por meio dessa lei, dispondo no seu art. 4.3, o seguinte: “[s]e entenderá que existe idéntico fundamento cuando el bien jurídico que se proteja con la tipificación de la infracción administrativa y el riesgo a que atende tal protección sean los mismos que contemplan el tipo penal o administrativo preexistente”. Ainda, conforme o autor, “[I]o que se pormenoriza luego en el artículo 18.2: ‘se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 471-472).

⁹⁰¹ Segundo Alejandro Nieto, “[a] la vista de cuanto antecede puede afirmarse que si se aplica, no ya con rigor, sino simplemente con seriedad, el principio de la triple identidad, se esfuma en la práctica la prohibición del *bis in idem*, puesto que son más bien raros los supuestos de coincidencia de sujetos, hechos y fundamentos. En esta misma línea de escepticismo Lucía ALARCÓN (*Diccionario*, 772 ss.) ha argumentado de manera convincente la insuficiencia de la vieja fórmula de la triple identidad, que según su opinión en el mejor de los casos sólo es utilizable para el concurso de normas, mas nunca en el supuesto de concurso de infracciones” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 472).

⁹⁰² NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 472.

⁹⁰³ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 473.

todos os elementos de um dos tipos estão contidos no outro, mas esse outro carrega elementos a mais⁹⁰⁴, havendo somente uma coincidência parcial. Todavia, apesar de se fazerem presentes, assim, dois tipos, sucede, que uma das infrações – no caso, aquela que contém elementos extras – não pode ser cometida independentemente da outra. Por conta disso, o autor defende que “en el supuesto de tipos parcialmente coincidentes la aplicación de uno excluye la del otro en que se contemplan los mismos elementos que ya aparecen en el aplicado”⁹⁰⁵.

E com a verificação da similitude do fundamento, dentro uma tal análise, sendo feita desde perspectiva dos efeitos da intervenção – ou seja, para aferir se as sanções previstas se propõem a cumprir as mesmas finalidades –, tem-se que o propósito limitador da figura do bem jurídico ficaria preservado, ao invés de funcionar, por vezes, como justificativa vazia para duplas ou múltiplas imputações. Por outro lado, ter-se-ia melhores condições de determinar quando a concorrência está – ou não – vedada⁹⁰⁶.

Já não é possível dizer que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador perseguem finalidades completamente diferentes – mas, ao revés, que se sobrepõem nessa seara

⁹⁰⁴ “En otras palabras, el operador jurídico mira em dos direcciones: por un lado, havia la norma para comprobar los extremos que acaban de decirse y, por otro lado, hacia la norma para comprobar si son uno o varios; aunque aquí con la advertencia de que há de mirar a los hechos a través de la norma según se há explicado ya com detalle. Pero, em cambio, no ha de preocuparse de los intereses protegidos, que son cosa del legislador, y al intérprete sólo le importan en tanto en cuanto se hayan reflejado en el tipo” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 473).

⁹⁰⁵ Essa conclusão é precedida do seguinte raciocínio: “[e]n estas condiciones hay que concluir que em la misma comisión de la infracción simple no hay problema, puesto que no concurre la infracción agravada; mientras que que en la comisión de la infracción agravada, aunque realmente no se haya cometido también la infracción simple, jurídicamente este dato no tiene relevancia porque ya está tenido em cuenta em el tipo (por así decirlo, la norma ya lo sabía) y há señalado una sola sanción, que comprende y el de la modalizada; lo que cabalmente explica que se trata de una infracción agravada” (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 475-476, p. 477).

⁹⁰⁶ Seguindo mais ou menos nessa linha, o autor peruano Percy García Caveró sugere, inclusive, que a identidade de fundamento integrada à fórmula da tríplice identidade, deveria ser entendida como *identidade de efeitos*, o que, na prática, “significa que si la imposición de la pena despliega empíricamente efectos que cubren la finalidad de la sanción administrativa, entonces no será necesario imponer acumulativamente esta última”. O autor parte da premissa de que “[n]o hay forma de determinar si la imposición conjunta de pena e infracción administrativa constituye una sobre-reacción sancionatoria, si no se tiene claro la relación funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”; e toma a “necessidade da pena” como critério central para a sua análise. Todavia, sustenta que a diferença funcional que identifica existir entre eles, ou seja, entre as ordens penal e administrativa, “no implica, sin embargo, una desvinculación de los fundamentos de la pena y la sanción administrativa”. Segundo ele, “[s]i bien el fundamento de la pena se mueve em el plano de la racionalidad comunicativa, lo cierto es que su imposición despliega, em la realidad, un efecto empírico aflictivo que no puede desconocerse y que podría llegar a cubrir la finalidad legitimante del Derecho administrativo sancionador [que seria de “generar las condiciones empíricas para que el sector social regulado no colapse”]. Por conta disso, entende que “[s]olamente si la pena no cubriese con su imposición lo que fundamenta, em el plano empírico, la aplicación de una sanción administrativa, entonces la imposición conjunta se encontrará justificada. Por lo expuesto, el principio de ‘no dos veces sobre lo mismo’ em caso de concurrencia de pena y sanción administrativa no debe entenderse como prohibición de una doble valoración del hecho con fines sancionatorios, sino como prohibición de sancionar aquello que ya está, em los hechos, sancionado” (GARCÍA CAVERO, Percy. El principio del *ne bis in idem* material em caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Política Criminal*, [S.l.], v. 11, n. 21, p. 21-33, jul., 2016, Art. 2, p. 21-33).

– mesmo quando se tem em foco, apenas, a atividade coercitiva desenvolvida pelas autoridades administrativas⁹⁰⁷. Quando se colocam em questão, então, os atos de improbidade administrativa ou, mais especificamente, a intervenção que decorre da incidência da Lei nº 8.429/1992, esse quadro se complexifica ainda mais, tendo em vista que, nesse caso, até o diferencial que a ingerência penal teria, por se consolidar com a atuação de um órgão judicial, deixa de existir.

No contexto do desenvolvimento de uma atividade sancionadora integrada e de interdependência entre as instâncias, o ideal seria que já houvesse concerto no plano legislativo. José Luis Díez Ripollés, por exemplo, observa que, a partir da teoria do bem jurídico, adota-se a tese de que, “como las sanciones del derecho penal son muy graves, se han de restringir los objetos de tutela, lo que explicaría el principio de fragmentariedad, de subsidiaridad...”⁹⁰⁸. Para ele, porém, o mais acertado seria que, “hubiera sido seleccionar primero los objetos de tutela especialmente importantes, y plantearse luego de llegar para su protección en el uso del arsenal sancionador disponible en el Estado de derecho constitucional”⁹⁰⁹.

Reservando-se papeis claros e específicos a cada uma das esferas competentes, com respeito aos direitos e garantias individuais, poder-se-ia designar àquela que congregasse melhores condições à prossecução das responsabilidades decorrentes de um dado ilícito, sem sobreposição. De cumulação até poderia ser cabível falar, porém, apenas quando a associação de duas técnicas diferentes se mostrasse capaz de conferir solução eficaz ao conflito de interesses refletido nele, desde o ponto vista social (relacional); e sem sacrifício individual desproporcional.

A questão da “multiplicidade institucional” tem diversas dimensões e pode ser discutida a partir de diferentes ângulos, dentre os quais Maíra Rocha Machado destaca, por exemplo, a eficiência da multiplicação de recursos materiais e humanos dirigidos à identificação e à imposição de consequências jurídicas a um mesmo fato; também, a unidade ou integridade do sistema jurídico estatal frente a possíveis decisões conflitantes; e, ainda, a violação de direitos individuais que decorre da multiplicidade de processos e sanções incidentes

⁹⁰⁷ Neste sentido, para além dos autores já citados antes: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 261 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 147.

⁹⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 103.

⁹⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 103.

sobre os mesmos fatos⁹¹⁰. Todos são aspectos dessa multiplicidade que deveriam ser considerados pelo legislador.

Nada obstante, focando, especificamente, no campo do enfrentamento à corrupção, com o objetivo de sistematizar e categorizar as normas já em vigor que regulam a interação das diferentes áreas do direito, no cenário brasileiro – as quais entende passíveis de agrupamento a partir das funções que cumprem –; e identificando, antes, quais e como estão formuladas as normas que se referem às múltiplas formas de responsabilizar e sancionar uma mesma conduta, a autora aponta só no Título XI (“Dos crimes contra a administração pública”), do Código Penal, tem-se 133 tipos presentes nos 60 artigos que compõem⁹¹¹. Observa, porém, que “[a] legislação penal distingue em dois capítulos os crimes praticados por funcionários públicos (Título XI, Cap. I) dos crimes praticados por particular contra administração pública (Título XI, Cap. II)”⁹¹²; e que, em matéria de corrupção, “as características da pessoa a quem se imputa a violação de uma proibição constitui o principal indicador dos potenciais programas que podem incidir sobre um caso concreto, uma vez que os arranjos normativos serão distintos para Ministros de Estados, membros do Judiciário ou do Ministério Público, policiais federais, empresas, cidadãos, etc.”⁹¹³,

Acontece que, a Lei de Improbidade Administrativa, prevê o mesmo rol de normas de comportamento, segundo ela⁹¹⁴, sem fazer distinção entre legitimados passivos, além de equiparar particulares a agentes públicos, na forma dos artigos 2º e 3º⁹¹⁵. E, “esse último dispositivo alcança não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas”. Essas, por sua vez, não são alcançadas ainda pela legislação penal, mas são foco da Lei Anticorrupção, a qual, inclusive, sujeita-as a responsabilidade objetiva, conforme a previsão dos seus artigos 1º e 2º⁹¹⁶.

⁹¹⁰ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

⁹¹¹ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

⁹¹² MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 265.

⁹¹³ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019. p. 264.

⁹¹⁴ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019.

⁹¹⁵ “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, 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 mencionadas no artigo anterior”; e “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

⁹¹⁶ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta

A autora insere na sua análise a Lei nº 8.112/1990 e, então, diz que, considerados de maneira ampla, todos esses programas se voltam a “proteger ‘administração pública’ utilizando, para tanto, diferentes denominações: ‘crime contra a administração pública’ (Código Penal), ‘ato de improbidade’ (Lei 8429/90), ‘ato lesivo à administração pública’ (Lei 12.846/13) ou, simplesmente, ‘proibições’ e ‘irregularidades’ (Lei 8.112/90)”⁹¹⁷.

E, comparando as normas de comportamento e sanção contidas nos tipos do Código Penal, com aquelas insertas nos artigos 9, 10, 11, da LIA, que definem as modalidades de atos de improbidade⁹¹⁸ – quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que podem causar danos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente –, Máira Rocha Machado constata que as “normas de comportamento amplas e genéricas” da LIA podem abarcar todas aquelas previstas no Código Penal. Segundo a autora, “[t]odas elas, no mínimo, atentam contra os princípios da administração pública, o que permitiria a incidência da Lei de Improbidade e, por via de consequência, do Estatuto dos Servidores”⁹¹⁹.

Por outro lado, no que se refere às sanções passíveis de aplicação, Máira Machado aponta que, empiricamente, não é correto associar a intervenção penal que se volta ao enfrentamento da corrupção com a imposição de pena de prisão, já que, em muitos casos, as penas restritivas de direito e multas podem ser as únicas sanções aplicáveis⁹²⁰. Quanto à “perda

Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”; e “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

⁹¹⁷ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019. p. 266.

⁹¹⁸ Ressalvando, ademais, que “[n]o tocante aos regimes disciplinares, a Lei dos Servidores Públicos Federais, selecionada nesta pesquisa, elenca entre as ‘proibições’, condutas de muitos tipos” (MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 269).

⁹¹⁹ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 269-270.

⁹²⁰ Tal como assevera a autora, “[a] pena de multa é cumulada com a pena de prisão em boa parte dos tipos e alternativa (prisão ou multa) em alguns casos em que a pena máxima de prisão é inferior a um ano. Mas além dos tipos penais – a combinação entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção –, o Código Penal estabelece a possibilidade de substituição das penas de prisão por penas restritivas de direitos quando inferiores a 4 anos e não praticadas com violência ou grave ameaça (art. 44). Dessa forma, várias das situações previstas acima podem vir a ser sancionadas com prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Importante destacar que a substituição é realizada pelo juiz, após a condenação, no momento de decidir a pena. Isso significa que mesmo as condutas mais graves apontadas acima [foram elas: “apropriar-se ou desviar bem público ou privado que tenha posse em razão do cargo (‘peculato’, art. 312); inserir dados falsos em sistema informático (art. 313-A); emprego irregular de verbas públicas (art. 315); exigir vantagem indevida (‘concussão’, art. 316); deixar de praticar ato de ofício em razão de vantagem indevida solicitada ou recebida (corrupção passiva na forma agravada, art. 317, parágrafo 1o);

do cargo ou da função”, prevista nos três programas, “mesmo aparecendo como ‘efeito da condenação’, no Código Penal; como ‘pena’ na Lei de Improbidade Administrativa; e na forma de ‘demissão’ para os ativos ou de ‘cassação da aposentadoria’ para os inativos, o efeito é o mesmo”, diz a autora. Já a aplicação da pena de multa, por sua vez, variaria a depender de cada norma de comportamento específica: “pode ser cumulada ou alternativa à pena de prisão no Código Penal, pode ser cumulada ou alternativa às demais penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa ou ser aplicada em substituição à suspensão, no caso do Estatuto do Servidor”⁹²¹. De todo modo, não é possível atribuir diferenças qualitativas a elas.

A própria noção de tipo conta com longos desenvolvimentos e poderia levar a outras reflexões. Para os propósitos deste estudo, parece suficiente considerar o que ensina Fabio Roberto D’Avila ao tratar do tipo penal, dizendo que ele não corresponde a um *prius*, mas a um *posterius*; e que nada mais é do que “o resultado da intervenção legislativa sobre um estado de coisas já valorado negativamente e cujo (des)valor, para além de o preceder, lhe motiva e confere fundamento”⁹²². Em apertada síntese, segundo o autor, o tipo é “a expressão legislativa do ilícito material que o precede e fundamenta”; “é o resultado da difícil tarefa de traduzir em

facilitar a prática de contrabando (art. 318); deixar de responsabilizar funcionário que cometeu infração (condescendência criminosa, art. 320)”, como a facilitação do contrabando, com mínima de 3 anos de prisão, pode ser substituída por uma ou duas penas restritivas de direito (art. 44, parágrafo 2º)” (MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 267.). Indo na mesma linha, Ana Carolina Carlos de Oliveira, afirma que, “a depender da pena imposta em uma sentença condenatória por crime contra a administração pública, esta pode ser mais branda que a sanção administrativa, já que o Código Penal prevê penas entre a mínima de 2 e a máxima de 12 anos para os delitos acima descritos (corrupção, peculato, concussão, etc.). Ainda que a pena máxima cominada seja extremamente grave, a fixação da pena nos seus patamares mínimos possibilita uma série de benefícios, (...). As sanções administrativas referentes aos delitos que causem enriquecimento ilícito, por sua vez, podem implicar a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo período mínimo de 8 anos, a multa de até três vezes o valor desviado, com a previsão de sequestro cautelar de bens desde o início da ação. A disparidade entre as sanções penal e administrativa, todavia, é mais acentuada nos delitos mais levemente apenados pelo Código Penal, que, em geral, correspondem a condutas de infração aos princípios da administração pública descritos no art. 11 da Lei de improbidade administrativa” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 198).

⁹²¹ MACHADO, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. *Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 55, p. 257-295, jul./dez.2019, p. 270).

⁹²² Depois de apresentar um breve apanhado histórico, o autor aponta que “os elementos do tipo e a sua história estão diretamente imbricados com os diferentes papéis já assumidos pela tipicidade e com a subjacente relação entre tipo e ilicitude, refletindo, em grande parte, a própria dinâmica desta relação”; e, além disso, que “[o] reconhecimento de elementos normativos e subjetivos no tipo legal [para além dos descritivos] mudou substancialmente a forma de perceber a tipicidade, com consequências de relevo para a sua relação com a ilicitude penal” (D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor: notas conceituais e sistemáticas. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Orgs.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre; EDIPUCRS, 2015, p. 344-377, p. 357).

palavras o fragmento de realidade que se deseja proibir”⁹²³, fragmento esse que se atrela a comportamentos previamente valorados “a partir de referenciais penais de natureza transsistemática, dentre os quais, muito particularmente, embora não só, *a ofensa a bens jurídico-penais*”⁹²⁴. Daí decorre a conclusão do autor de que, “[é] a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*; é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*”⁹²⁵; e não o contrário.

Acontece que, com meras modulações semânticas, o legislador pretendeu dotar de fundamento diversas tipificações, com as mesmas ilicitudes. E não o fez de maneira ordenada: trata-se de tipificações que coincidem – senão em tudo – nos seus principais elementos –, delas resultam consequências equivalentes, além de se proporem a concretizar os mesmos objetivos.

Apenas a título exemplificativo – já que a pretensão não é realizar uma exaustiva análise comparativa, mas somente mostrar como o raciocínio se confirma, na prática –, cumpre verificar, em paralelo, as descrições contidas no art. 9º, XI, da LIA⁹²⁶, e no art. 312, do Código Penal⁹²⁷; assim como aquelas constantes do art. 9º, IX, da LIA⁹²⁸, e do art. 317, do Código Penal⁹²⁹; ou, ainda, a previsão do art. 10, XI, da LIA⁹³⁰, em confronto com o art. 315, do Código Penal⁹³¹. Pode até se notar uma especificidade ou outra – o que, em outras circunstâncias, poderia atrair a incidência do princípio da especialidade –, mas é visível como, em todos esses casos, um dos tipos sempre abarca o outro.

E, para além de sanções restritivas de direitos passíveis de repetição e da aplicação de multa, que é viável em cada uma dessas hipóteses, todas elas, comportam, também, a atribuição

⁹²³ D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor: notas conceituais e sistemáticas. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Orgs.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre; EDIPUCRS, 2015, p. 344-377. p. 358.

⁹²⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor: notas conceituais e sistemáticas. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Orgs.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre; EDIPUCRS, 2015, p. 344-377. p. 358. (Destaque no original)

⁹²⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor: notas conceituais e sistemáticas. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Orgs.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre; EDIPUCRS, 2015, p. 344-377. p. 362. (Destaque no original)

⁹²⁶ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

⁹²⁷ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

⁹²⁸ “IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”.

⁹²⁹ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

⁹³⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

⁹³¹ “Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”.

de responsabilidade pela reparação do dano, ou dentro da própria condenação, ou como efeito da condenação, como é o caso dos tipos penais, na forma do disposto no art. 91, I, do Código Penal⁹³².

Logo, tem-se com Alejandro Nieto García, nos termos recém citados⁹³³, e, ainda, com outros autores, que a solução desses casos, no campo da aplicação, deve passar pela verificação da existência de concurso de leis (ou normas) ou do concurso de infrações, em alguns casos. Segundo Mirentxu Corcoy Bidasolo e José-Ignacio Gallego Soler, operar no âmbito concursal é, inclusive, um corolário do *ne bis in idem material*⁹³⁴.

No mesmo sentido e partindo do pressuposto de que, não é cabível impor duas sanções por uma só vulneração do ordenamento jurídico (o que se verifica quando duas ou mais tipificações tutelam o mesmo bem jurídico, conforme aponta), ou, em outras palavras, pelo cometimento de uma única infração, Tomás Cano Campos sustenta que, ao conceito de infração não se deve atribuir sentido puramente formal. A infração deve ser compreendida, segundo ele, como todo ato típico, antijurídico e culpável, ou, em outras palavras, como todo ato tipicamente antijurídico e culpável⁹³⁵. Por outro lado, “[I]a antijuridicidad, que junto com la culpabilidad es el elemento esencial del concepto, suele ser definida en sentido formal como ‘contrariedad a Derecho’ (antijuridicidad formal), pero ello nada dice acerca del contenido que ha de tener un hecho para que pueda ser considerado antijurídico”⁹³⁶. Isso, ou seja, o conteúdo, diz com a antijuricidade material, que o autor relaciona, justamente, com a lesão ou vulneração de um determinado bem jurídico. Daí a conclusão de que, “si un hecho sólo lesiona o pone en peligro un único bien jurídico, aunque el mismo se encuentre tipificado como infracción en dos o más normas (concurso de normas), sólo se ha cometido una infracción y sólo puede ser sancionado una vez”⁹³⁷.

⁹³² “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

⁹³³ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012, p. 473-477.

⁹³⁴ Nas palavras dos próprios autores, “[u]n corolario concreto de este principio es el que opera en el ámbito concursal. en cuya virtud, ante identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva no se pueden desvalorar doblemente. En virtud de este principio, las reglas de solución del concurso de leyes aparecen como una forma legal de solución de aparentes conculcaciones de este principio constitucional” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGOS SOLER, José-Ignacio. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material e procesal. Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 8, p. 159-178, fev. 2000).

⁹³⁵ Nas palavras dele, apenas “como acción u omisión contraria a las normas regulativas o de mandato a que anuda la ley la imposición de una sanción” (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001).

⁹³⁶ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001. p. 196.

⁹³⁷ A esse respeito o autor elucida, ainda, que “[I]a dogmática jurídico-penal distingue entre concurso de normas (o leyes) y concurso de delitos. El concurso de normas tiene lugar cuando un determinado comportamiento realiza

Na visão de Tomás Cano Campos, o concurso de normas (ou de leis) é um instrumento de garantia do *ne bis in idem*, enquanto o concurso de infrações, embora também aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, nada tem a ver com ele. Nas palavras do autor, “cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos del *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal)”⁹³⁸. Nada obstante, trata-se de uma teoria cuja aplicação no âmbito do Direito é cabível por conta da unidade do *ius puniendi* e da aplicação analógica do Código Penal⁹³⁹.

Apesar do entendimento manifestado no sentido de que, no caso dos atos de improbidade, ter-se-ia um “tratamento normativo que opta pela independência entre as instâncias de modo singular”, pelo que não seria possível atribuir, com relação a eles, o mesmo alcance que a vedação ao *bis in idem* teria no âmbito das relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador”⁹⁴⁰ – posição em face da qual já se discordou antes –, o entendimento de Fábio Medina Osório segue por essa linha. Ele admite que pode haver concurso ideal ou aparente de infrações penais e administrativas; e aponta que os princípios da especialidade, subsidiariedade, alternatividade e consunção seriam critérios úteis a empregar nessa verificação, seja via judicial ou administrativa *stricto sensu*.

Ainda, quando apresentam as razões pelas quais rejeitam a possibilidade de convivência com a Constituição espanhola de 1978 daquilo que chamam de “princípio da suposta compatibilidade e independência entre as sanções administrativas e penas judiciais”, Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández⁹⁴¹ revelam, igualmente, coadunar do entendimento que a ferramenta do concurso deve ser empregada, embora apenas na esfera

el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras, pero sólo una de ellas debe aplicarse porque basta por sí misma para aprehender el total desvalor del hecho. Se habla, por ello, de concurso aparente, pues en realidad las normas desplazadas no concurren. Em el concurso (aparente) de normas hay un solo delito, una sola infracción de la norma sancionadora, pues en realidad el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en outro” (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001 p. 196, p. 212).

⁹³⁸ CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001, p. 214.

⁹³⁹ No ordenamento espanhol, também, porque algumas normas administrativas preveem a sua aplicação, conforma indica (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001).

⁹⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 341-345.

⁹⁴¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 902.

administrativa e frente as chamadas relações de sujeição especial⁹⁴². Eles entendem que os bens jurídicos atingidos, nesses casos, seriam diferentes – com a infração disciplinar relacionam a “organização administrativa” e, com os delitos dos funcionários, “o serviço que a sociedade tem direito a exigir da Administração” –, o que é questionável, mas apontam haver concurso, na hipótese, nos seguintes termos: “com a advertência de que o injusto penal compreende também normalmente o administrativo, com o qual o concurso nesta hipótese se traduz numa relação de concussão”⁹⁴³. Por conseguinte, a sanção superior, absorveria a inferior.

De tudo, tem-se – sem prejuízo do reconhecimento do concurso de infrações nas hipóteses em que se afigurar presente – que o concurso de normas representa para o *ne bis in idem* uma via de concretização.

Melhor do que reconhecer ascendência à jurisdição penal, subordinando a atividade sancionadora administrativa a ela, como o Tribunal Constitucional espanhol tem feito, em alguns casos, seria, tal como afirma María Jesus Gallardo – com razão – promover a “la necesaria coordinación entre ambas y, por supuesto, em una más perfecta delimitación por parte del legislador del hecho o de la conducta merecedora de la intervención punitiva del Estado, estableciendo con la necesaria nitidez los âmbitos propios de una u outra”⁹⁴⁴.

Por mais se possa chamar de inconstitucionais tipificações que, simplesmente, repetem-se – e, por aí, discutir outras formas de enfrentamento –, quando se verifica que, mesmo assim, elas existem e estão a produzir efeitos, apontar meios de fazer cumprir a Constituição, na via da aplicação, parece ser imperativo.

No contexto brasileiro, imagina-se que se um mesmo órgão judicial interviesse, primeiro, para adequação da conduta – a partir de um juízo preliminar voltado a verificação da existência de concurso – e para a instrução do processo, poder-se-ia consolidar um padrão em termos de respeito a garantias constitucionais. Seria uma forma de prevenir decisões conflitantes, de equacionar a carga aflitiva que decorre da tramitação do processo, em si, de evitar a aplicação de sanções repetidas e voltadas ao atingimento das mesmas finalidades; e de,

⁹⁴² Para eles, fora desse âmbito, nem se haveria de falar em concurso. O que dão a entender é que seria inviável reconhecer algo assim, quando se toma a suposta compatibilidade e a independência das sanções por inconstitucional. Nas palavras deles, “[b]em entendido, fora do âmbito estritamente disciplinar, quando se te transcendido à esfera de proteção da ordem geral, suposta a redução das sanções administrativas a ser uma avançada das formalmente penais, não pode falar-se não só de compatibilidade entre sanções de uma e outra classe, senão tampouco de um fenômeno de concurso de infrações ou de leis” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 902-903).

⁹⁴³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 902-903.

⁹⁴⁴ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestade sancionadora: teoría y práctica*. Madrid: Iustel, 2008, p. 294.

com isso, concretizar o *ne bis in idem*, tanto na sua vertente processual quanto material, além racionalizar o exercício do poder punitivo pelo Estado e evitar retrabalho⁹⁴⁵.

Nas hipóteses em que se verificasse consunção, a autoridade administrativa haveria de aguardar o resultado da persecução judicial. Em caso de absolvição, teria de acatá-la, podendo prosseguir ou iniciar processos tendentes, apenas, a apurar os ilícitos de menor gravidade que, com a condenação, teriam sido absorvidos. E, com isso, não se estaria concedendo prevalência ao juízo penal, mas à instância judicial.

Então, a execução, propriamente, poderia ficar a cargo de esferas diferentes, em vista de suas aptidões próprias e a depender de quais tivessem sido as sanções impostas, concretamente. Não se vê por onde isso poderia ensejar violação à Constituição ou, mais especificamente, burla ao art. 37, § 4º. Ao contrário, não se estaria deixando de punir os atos de improbidade, tal como determinou o legislador constitucional, tampouco de encaminhar a ação penal cabível. Além disso, ver-se-ia a satisfação de muitos direitos fundamentais – que, de outra forma, ainda não conseguiram se impor – ser incrementada.

⁹⁴⁵ Afinal, como observa Tomás Cano Campos, “[e]l sometimiento a un proceso o procedimiento supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una carga o gravamen para el ciudadano, por lo que su reiteración por unos mismos hechos carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. La prohibición de enjuiciar varias veces los mismos hechos no sólo garantiza tales principios, sino que evita, además, la posibilidad de una doble sanción y que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio” (CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001).

CONCLUSÃO

Em síntese, dois parecem ser os principais óbices a se superar para a construção de um sistema sancionatório coordenado e coerente, em vista dos valores axiológico-normativos incorporados à Constituição da República de 1988 e do princípio reitor que orienta o sistema jurídico que ela constitui, sob bases sociais e democráticas: i) uma noção de **independência entre instâncias** que guarda conexões remotas com a ideia de separação de poderes e tem *status* de **axioma**, mas não conta com uma construção dogmática para lhe explicar, nem justificar a permanência no ordenamento jurídico – nos termos em que é propugnada –, no marco do Estado Constitucional; e ii) uma **divisão artificial e formal entre os ramos do direito e entre as formas de responsabilização** que, aliada a essa independência entre as instâncias, viabiliza a apresentação de estratégias populistas, no lugar de soluções racionalmente articuladas, para resolver os conflitos de interesses postos a cargo do Estado, com prejuízo a direitos individuais e coletivos.

Se, afinal, a complexidade das relações, desde o advento da modernidade, só cresceu – e segue crescendo –, assim, também, a responsabilidade do Estado em reforçar as suas bases de legitimação, pelo adequado equacionamento das medidas de restrição a direito empregadas na mediação dos conflitos que monopoliza. E no contexto de um sistema que lhe não autoriza instrumentalizar a pessoa, nem para produzir a ilusão de que vem se desincumbindo do seu ônus, nem para reafirmar a sua autoridade, nem por qualquer outro motivo, redobrar a carga aflitiva que é impingida aos indivíduos com as sanções, é fazer o contrário disso.

Em uma palavra, a incapacidade do Estado de formular e apresentar respostas equilibradas – ou seja, para recompor os interesses vulnerados, sem exceder o uso da força repressiva – não justifica impor sobrecarga restritiva ao indivíduo, por mais que ele seja culpado. E nem que seja só até que se encontre outra melhor. Diversamente, na realidade, trata-se de algo que compromete as suas bases de legitimidade.

Mas parece ser, precisamente, isso o que a criação e a replicação desordenada de tipificações equivalentes, com atribuição de competência para o processamento e o julgamento a autoridades e instâncias diferentes, vem tentando encobrir: a falta de uma articulação estatal coerente para solucionar esses conflitos de interesses. E, o pior, com todo um esforço direcionado a produzir a ilusão de que essa é a solução mais eficaz.

Não quer dizer que estratégias de aplicação associada de variadas sanções estejam vedadas, de plano. Até porque, sustentar o contrário – isto, sim –, talvez, fosse afrontar a disposição constante do art. 37, § 4º, da Constituição da República de 1988. Sendo-lhes

assinalados diferentes propósitos – não apenas de forma retórica –, tem-se que sanções de diferentes carizes podem vir a conformar políticas sancionadoras, mas sempre em condição de complementaridade; não de repetição.

E no específico âmbito da tutela da probidade, mesmo quando se sustenta inexistir duplicidade, porque as múltiplas ingerências estatais concebidas serviriam – justo – ao atendimento de diferentes finalidades e, também, à proteção de diferentes bens jurídicos, não é o que se comprova, na prática. Notadamente, porque se não admite possível afirmar a existência de diferenças ontológicas entre os ilícitos penal e administrativo, tampouco que sejam, de fato, distinguíveis os bens jurídicos que, em tese, dão respaldo às tipificações equivalentes. Aqui, porque a vagueza e a imprecisão dos conceitos que são empregados para nomear bens jurídicos coletivos não permitem, em regra, aferir qualquer diferença.

Daí a proposição de que o mais adequado seria falar de uma interdependência entre as instâncias, onde o “devido” processo, nesses casos, fosse determinado a partir de uma análise global e integrada, com a vedação ao *bis in idem*, como uma ferramenta de racionalização do *ius puniendi* sendo empregada – desde uma perspectiva personalista do bem jurídico – tanto no plano normativo, quanto da aplicação. Além de se cogitar, ainda, a possibilidade de se operar, nesse último âmbito, recorrendo ao concurso de normas e infrações.

Isso dependeria, naturalmente, de alterações legislativas. Mas da previsão contida no art. 22, § 3º, do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB), com redação dada pela Lei nº 13.655/2018, parece ser possível extrair um permissivo legal para se iniciar, pela via da aplicação, um movimento consistente de mudança, nessa direção.

O *caput* do referido dispositivo preceitua que, “[n]a 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”. E o § 3º, ressalva, então, que, “[a]s sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Se o entendimento dos aplicadores acerca do que essas “sanções de mesma natureza” vêm a ser começasse a passar pelo reconhecimento de que (i) não é possível apontar diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos; (ii) em matéria de tutela da probidade administrativa, as tipificações equivalentes inseridas nos diversos diplomas legais que a abarcam, não são distinguíveis pelo bem jurídico protegido; e (iii) as diferentes autoridades – com exceção da pena privativa de liberdade – têm competência para aplicar sanções que são iguais

e que se propõem a alcançar as mesmas finalidades; talvez o legislador acabasse compelido a empreender esforços de racionalização.

Essa ideia poderia ser considerada, inclusive, como uma espécie de estratégia de resistência, porque a tendência do legislador já tem se revelado ser outra.

As recentes alterações que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos sofreu no capítulo que versa sobre os crimes em licitações e contratos, com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 em 01 de abril de 2021 – inclusive, neste ponto, valendo desde a data da publicação dessa lei – são uma prova disso. Além do notável acréscimo na severidade das penas restritivas de liberdade e delas virem sempre acompanhadas de multa, os tipos previstos continuam a encontrar paralelo com aqueles que integram a LIA (Lei nº 8.429/1992).

E o Projeto de Lei nº 10.887/2018⁹⁴⁶, que propõe uma nova Lei de Improbidade Administrativa – e que, atualmente, aguarda votação pelo Senado –, não altera essa realidade. Por outro lado, se aprovado com a redação apresentada pela Câmara dos Deputados, o seu art. 12, disporá, no *caput*, que “independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se for o caso, da condenação pelos danos não patrimoniais, se houver, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica”, o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito, também, à cominação das sanções de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos de quatro a doze anos”, “pagamento de multa civil”, “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente” (conforme incisos I, II e III). Ainda, na forma do § 4º, que “[a] multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I e II é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade”.

Ou seja, multas aplicáveis por diferentes e independentes autoridades judiciais, voltadas a produzir, igualmente – agora, em termos explícitos –, reprovação e prevenção, continuarão existindo. Isto, sem falar daquelas que permanecerão cabíveis na esfera administrativa, as quais visam atingir esses mesmos objetivos.

A previsão do art. 18, V, do Projeto de Lei em questão, repete o teor do art. 22, § 3º, da LINDB, mas, diante da independência entre as instâncias que continuará a ser afirmada nos mesmos termos de antes – caso o aplicador não lhe aponte outro sentido –, não haverá nenhuma

⁹⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 10887/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

mudança substancial. Mesmo porque o Projeto já vem imbuído de uma racionalidade questionável, o que se vê pela disposição trazida no inciso VI, do próprio art. 18, cujo *caput* anuncia se tratar, ali, dos requisitos da sentença. Tal inciso atribui ao juiz o seguinte dever: “indicar, na fixação dos danos não patrimoniais, critérios objetivos que a justifiquem, tendo em vista, dentre outros, a extensão territorial, o nível de comprometimento da imagem da Administração Pública e o grau de sofrimento ou decepção para a coletividade”.

Outra vez, vale repisar, a oposição a um propósito como esse – qual seja, o de “recompor a imagem da Administração Pública” – não pressupõe menosprezo às consequências da corrupção, tampouco sugere haja arrefecimento do controle. Nada obstante, uma vez rejeitados os postulados do axioma estatalista e colocados, no seu lugar, aqueles que forjaram o paradigma do Estado Constitucional, não parece ser possível admitir que algo assim justifique impingir maior carga aflitiva ao indivíduo, ainda que ele seja culpado. Menos ainda, que o “grau de sofrimento ou decepção para a coletividade” valha como critério para delimitação dessa sobrecarga.

Desde uma perspectiva sociológica, Émile Durkheim já dizia que “o sistema de punições deve consistir em uma escala gradual cuidadosamente elaborada, que começa no nível mais baixo possível, e a transição para o próximo degrau deve ser sempre feita com muita prudência”⁹⁴⁷. E, isso, segundo ele, porque nada seria mais perigoso do que uma escala de punições muito curta e que pudesse ser percorrida rapidamente, tendo em vista que a força cominatória da pena – que ele entendia apenas subsistir enquanto não aplicada – se exauriria, de igual modo, rapidamente. Por sinal, nisso reside a fraqueza de todas as legislações draconianas, na visão do autor. “Como elas já começam com severidades extremas, acabam tendo que ser repetidas com muita frequência, e a punição possui tanto menos força quanto mais vezes se repete”⁹⁴⁸.

Mas para sustentar essa necessidade de que a escala de punições seja percorrida “lenta e sabiamente”, haveria, ainda, uma outra razão – a ser avaliada, quiçá, com maior acuidade pelos agentes que detêm o *ius puniendi* –, qual seja, a de que “as punições produzem tanto menos efeito quanto mais elevadas forem”. Conforme explica Durkheim, trata-se de uma lei da psicologia. Depois que um certo nível de sofrimento ou vergonha é ultrapassado, nenhum acréscimo é sentido. As impressões causadas por uma excitação não crescem indefinidamente,

⁹⁴⁷ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 192-193. O foco central da análise é a educação das crianças e o papel que a escola desempenha, mas, não raro, o autor estabelece conexões com o sistema penal e as sanções, em geral.

⁹⁴⁸ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 192-193.

conforme o aumento de sua intensidade. Em um determinado momento ambas atingem um limite. Além disso, segundo ele, quanto mais perto se chega desse limite, maior se torna o descompasso entre as intensidades da impressão e da excitação, de modo que “uma parte sempre mais ampla dessa força excitante deixa de afetar a consciência, e para nós ela passa a ser como se não existisse”⁹⁴⁹.

Durkheim lança mão de um exemplo para explicar seu raciocínio: diz que um homem de renda modesta se regozija com o menor enriquecimento, mas que o mesmo enriquecimento não sensibiliza um homem que possui uma fortuna considerável; e que a este último, somente benefícios realmente excepcionais trarão algum prazer. O autor afirma, então, que essa mesma lógica se aplica às penas. “À medida que elevamos a gama de punições, uma parte sempre crescente de energia que é utilizada para aplicá-la é perdida; é preciso reforçá-la cada vez mais para que se obtenha algum efeito, e esse efeito será cada vez menos proporcional à gravidade da falta cometida”⁹⁵⁰.

Tais colocações compõem um específico ponto de vista e, a partir dele, outros pontos – ou mesmo contrapontos –, de diversas ordens, poderiam ser levantados. Com isso, a pesquisa poderia se ramificar e ampliar, mas não é o que se pretende realizar, ainda, neste espaço. Elas são úteis, no entanto, para respaldar uma última tentativa de mostrar como o legislador trilhou e segue trilhando um caminho que se não coaduna com os valores axiológico-normativos que emanam da Constituição.

Primeiro, tem-se que há uma contradição em termos na determinação de que “critérios objetivos” sejam apresentados, pelo juiz, para demonstrar “o nível de comprometimento da imagem da Administração Pública e o grau de sofrimento ou decepção para a coletividade”, além de uma evidente abertura para tergiversações retóricas – justo – pela alta carga de subjetividade embutida nos conceitos postos como critérios. Depois que, sugerir que um limiar de proporcionalidade possa ser estabelecido a partir de uma contraposição de sofrimentos, é, de certa forma, dizer que a dor infligida ao culpado seria capaz de reparar o mal causado, com uma espécie de sacrifício expiatório.

O pior, porém, desde a perspectiva do princípio reitor que orienta o sistema constitucional, parece ser atrelar os limites do sofrimento (concreto) que será imposto ao indivíduo, com a sanção, a um sofrimento ou decepção (abstratos) suportados, em tese, por um ente despersonalizado – como é a coletividade –, sujeitos a conjecturas e projeções de crescimento exponencial, em termos de intensidade e gravidade. Para contrabalanceá-los, a dor

⁹⁴⁹ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 193-194.

⁹⁵⁰ DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 194.

a infligir ao indivíduo terá sempre de crescer mais. Logo, se assistir razão a Durkheim, além da relação desproporcional que, provavelmente, manterão com a falta cometida, os acréscimos de sofrimento nem chegarão a ser sentidos. Ou seja, mesmo que causar mais e mais dor fosse – ou pudesse ser – considerado um objetivo legítimo, não seria, assim, alcançado.

E, aqui, apenas estariam em causa aqueles danos de caráter imaterial, passíveis de apuração na via da ação de improbidade. Significa dizer que, para amenizar, compensar e reparar aquele hipotético sofrimento coletivo – e, ainda, recompor a “imagem da Administração Pública” – diversos outros sofrimentos individuais ainda se associariam, direta ou indiretamente.

Diante desse cenário, permitir que uma independência entre as instâncias continue a ser afirmada em vista da natureza que o legislador assinala às sanções, quando escolhe onde alocar as tipificações que cria, parece ser avalizar posições que militam em desfavor da concretização do conteúdo programático da Constituição e rejeitam o princípio que funda o próprio sistema jurídico.

Portanto, se o vocábulo independência ainda pode ocupar algum espaço no âmbito da atividade estatal sancionadora, constitucionalmente falando, talvez seja naquele sentido que concede ao aplicador, notadamente, aos juízes, a condição de decidir pelo direito, apesar – quando não contra – dos interesses políticos contingenciais que se lhe oponham. Agora, no que concerne à conformação das tipificações, parece imprescindível disseminar a ideia de que é necessário estabelecer uma relação de maior interdependência entre as instâncias competentes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los Confines de las Sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, set./dic. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

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

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Trad. Luiz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

AMADO, García. Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus limites. *Documentación administrativa*, [S.l.], n. 280-281, p. 11-43, ene. /ago. 2008.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. 1.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAÚJO, Edmir Netto. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar.1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACH, Marion. *Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador*: quando a aproximação se torna temerosa. Disponível em: <<https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BECHARA, Ana Elisa. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa. *Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 464 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

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

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de Direitos e Separação dos Poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BOLINGBROKE. Political Writings. In: GEUSS, Raymond; SKINNER, Quentin (Ed.). *Cambridge Texts in the History of Political Thought*. Disponível em: BOLINGBROKE-Political-Writings-by-Henry-Bolingbroke-z-lib.org.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

BOLINGBROKE. *The Works of Lord Bolingbroke in Four Volumes*. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller, 1967. v. 1.

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

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material*. 902 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2018. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/35539>>. Acesso 15 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso: 10 dez. 2020.

BURKE, Peter. Cultures of translation in Early modern Europe. In: BURKE, Peter; HSIA, R. Po-chia (Ed.). *Cultural Translation in Early Modern Europe*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 10-38.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, P. G. T. Veiga. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

CABRERA, Michele Gironda. A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro: Parte II. *Canal de Ciências Criminais*, 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 10887/2018*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CANO CAMPOS, Tomás. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, [S.l.], n. 156, p. 191-248, set./dic. 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95-110.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civas*. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre o “Sistema”, a “Função” e o “Problema” - os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 1-44, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o Garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Intepretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COLAO, Floriania. Apontamentos sobre o direito penal político na Itália entre os séculos XIX e XX. Trad. Ricardo Sontag. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Apontamentos-sobre-o-direito-penal-poli%CC%81tico-na-Ita%CC%81lia-entre-.pdf>>. Acesso em 03 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material e procesal. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 8, p. 159-178., fev. 2000.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Tourino: Utet, 1986.

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

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma Introdução Histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor: notas conceituais e sistemáticas. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 344-377

DAL RI JÚNIOR, Arno. A criminalização política na Itália fascista. *Ius Commune*, 2020. Disponível em: <<https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 5, p. 1-25, jan./mar.2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. ed. Londres: Macmillan Press, 1959.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista do Tribunal, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

DURKHEIM, Émile. *A educação moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELS, Friedrich. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico*. 6. ed. Trad. Roberto Goldkorn. São Paulo: Global, 1984.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza; Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; André Karam Trindade; Hermes Zaneti Júnior; Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Carlos Bayón; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2007.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 12, p. 33-43, out./dez.2014

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA, Daniel. *Infrações e Sanções Administrativas*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo, I*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 624-673.

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

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni; Hirma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.75, p. 45-58, 2003.

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

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi dela storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a 'norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259-281.

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

FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As práticas administrativas e o controle da moralidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 115, p. 1-14, jan./mar. 1974.

FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000.

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

GABARDO, Emerson. Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 191-207.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestade sancionadora: teoría y práctica*. Madrid: Iustel, 2008.

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

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación administrativa*, [S. l.], n. 280-281, p. 11-43, ene./ago. 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy. El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Politica Criminal*, [S.l.], v. 11, n. 21, p. 21-33, jul., 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas de modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

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: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 1-29.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito: textos de Klaus Günther*. Trad. Flavia Portella Püschel In: PÜSCHEL, Flavia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. São Paulo: Saraiva, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205-224.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 349-377.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, fasc. 45-48, p. 275-285, 1989.

HAURIUO, Maurice. *La Teoria de la Institucion y de la Fundacion (ensayo de vitalismo social)*. Trad. Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

HAYEK, Friedrich August von. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HAYEK, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. Edited by Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio: 1830. A Filosofia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses e José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 3.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas em compendio*. Madri: Alianza Editorial, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: parte 1*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas. *Análise Social*, [S.l.], v. 37, n. 165, p. 1285-1302, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Juridico y Estado Social e Democratico de Direito (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago: Conosur, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 1, n. 1, 1945.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KOZICKI, Katya. *H.L.A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993.

LABIANCA, Daniele. *L'illecito penale - amministrativo tra disciplina interna e influenze convenzionali*. 309f. Tesi (Laurea in Diritto Penale II), Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Foggia, Foggia, 2014-2015.

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

LEAL, Jackson da Silva. O paradoxo na história do poder punitivo moderno: entre a pretensão sistematizadora e a manifestação usurpadora e totalitária. *Métis: história e cultura*, [S.l.], v. 13, n. 26, p. 185-212, jul./dez.2014.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría da la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986.

LOPES JÚNIOR, Aury. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da Silva. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt, *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica*, v. 4, n. 3, p. 23-48, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_23-48/92>. Acesso em: 20 jul. 2019.

LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. 2. ed. Aparecida: Idéias e Letras, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 19, v. 89, p. 429-469, mar./abr.2011.

LYNCH, Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. As Metamorfoses Ideológicas do Pensamento Britânico Setecentista do Republicanismo: de Bolingbroke ao Liberalismo de Burke (1720-1770). *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, [S.l.], v. 35, n. 102, p. 1-19, 2020.

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

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

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo Sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MAIA, Carlos Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, [S.l.], a. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set.2005.

MANSFIELD, Harvey. *Statesmanship and party government: a study of Burke and Bolingbroke*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2013.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal: Parte 1*. Buenos Aires: Ediar, 1961. v.3.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1913. v. 5.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Os direitos humanos como o fundamento e o limite do poder do Estado. Sua inobservância como prenúncio do estado de exceção. In: VESCOVI, Renata Conde; MOREIRA, Nelson Camatta (Org.). *Direito e Psicanálise: testemunho, memória, história*. Vitória: FDV Publicações, 2020. p. 267-278.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo

(Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 87-127.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*. Londres: Oxford University Press, 1971.

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

MARTINS JUNIOR, Wallace. A Lei da improbidade administrativa. *Justicia*. São Paulo, v. 58, 174, p. 46-55, abr./jun.1996.

MARX, Karl. Contribuição à Crítica da Economia Política. In: FERNANDES, Florestan. *MARX, K. e ENGELS, F. História*. São Paulo: Ática, 1984, p. 231-235.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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, a. 5. n. 22, p. 25-57, out./dez.2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Improbidade Administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93-112.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Comares, 2001.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 191-196.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. t. 1.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 5-41, 1993.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Delincuencia Economica: estado de la cuestion y propuestas de reforma. *Hacia um Derecho Penal Economico Europeo. Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *Ofensividade nos Delitos Ambientais*. 145 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

NEVES, Castanheira A. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

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

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005.

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

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NUNES, José Amaury Maia. Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça*, 2010. (Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35706/separacao_poderes_legitimacao_nunes.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. Los Delitos contra la Administración Pública. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal español de 1995*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria, 2006, p. 361-403.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

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

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

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

OSORIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, v. 1.

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

PARGA, Milagros Otero. División de poderes. Antes y ahora. *Boletín de La Facultad de Derecho: Universidad de Santiago*, n. 12, p. 119-139, 1997.

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

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. Delito Licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. *MPSP*, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.957.10.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio M^a Bueno. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 71-92, jul./dez.2018.

SANCHEZ AGESTA, Luis. Poder Ejecutivo y Division de Poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [S.l.], v. 1., n. 3, p. 9-42, Set./dic. 1981.

SÁNCHEZ, Jesús- María Silva. Nullum Crimen Sine Poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima a punição do autor”. *Revista Eletrônica de Direito e Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 2, n. 2, 2014.

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

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham e Londres: Duke University Press, 2008.

SENADO FEDERAL. <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>. Acesso: 21 dez. 2020.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. Autoritarismo líquido e Direito Administrativo Sancionador: hipernomia e exceção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 122-137.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 63-71.

SOUSA, António Francisco de. A Separação de Poderes em Locke. *Polis*, [S.l.], n. 4-5. p. 7-42. jul./dez.1995.

SOUSA, Paulino José Soares. *Visconde do Uruguai*. Organização e Introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: 34, 2002.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STF. ADI 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ de 19/12/2006 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7226/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. MS 31234. Relator Ministro Luiz Fux. DJ de 27/06/2016. (Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho650021/false>>. Acesso em 26/02/2021)

STF. MS 22899/SP. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJ de 16/05/2003 (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392381/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. RMS 28919 AgR/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ de 12/02/2015. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292006/false>>. Acesso em 26/02/2021).

STF. MS 34420/DF. AgR. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ de 19/05/2017. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur367850/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. Pet 3211-QO/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. DJ de 27/06/2008. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88898/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. Rcl 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17/04/2008. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90264/false>>. Acesso: 28/02/2021).

STF. Pet 3240 AgR. Relator Min. Teori Zavascki. Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJ 22/08/2018. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. RMS nº 24194/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. DJ de 07/10/2011. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199656/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STF. RMS nº 35469 AgR/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Segunda Turma. DJ de 11/03/2019. (Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399308/false>>. Acesso: 26/02/2021).

STJ. AgInt no REsp 1917098/PR. Rel. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJe 27/05/2021. (Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100149680&dt_publicacao=27/05/2021>. Acesso em 20/06/2021).

STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Trad. Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

STRECK, Lênio. A "literalidade" e a falsa disputa entre "letra" e "além da letra". ". *Conjur*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/senso-incomum-literalidade-falsa-disputa-entre-letra-alem-letra>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

STRECK, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio. Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição. *Conjur*, 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>. Acesso em: 15 dez.2020.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], t. 43, n. 1, p. 5-28, 1990.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica de Jurisprudência*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WATSON, Alan. From Legal Transplants to Legal Formants. *The American Journal Of Comparative Law*, [S.l.], v. 43, n. 3, p. 469-476, 1995.

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

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿ Hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del Derecho Administrativo Sancionador. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001. p. 1416-1444.