

# **APROXIMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL PENAL AO SISTEMA JURISDICIONAL ADMINISTRATIVO COMO HIPÓTESE À OBSCURIDADE EXISTENTE ENTRE OS DOIS ÂMBITOS JURÍDICOS**

*APPROXIMATION OF PROCEDURAL LAW AND CRIMINAL MATERIAL TO THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM AS A HYPOTHESIS TO THE OBSCURITY BETWEEN THE TWO LEGAL AREAS*

**PAULO NATANAEL VIEIRA LIMA**

Advogado. Pós-graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC/PUC Minas).

**Resumo:** O presente artigo sintetiza a obscuridade que paira entre o sistema jurisdicional penal e o administrativo sancionador, bem como os efeitos que ela produz. Serão apresentadas explicações para esse fenômeno e, ao final, oferecidas hipóteses para a solução desse problema, em que se destaca a aproximação do direito processual e material penal à via administrativa.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Sancionador. Direito Penal. Aproximação.

**Abstract:** The present article summarizes the obscurity that hovers the judicial penal system and the sanctioning administrative system, with all the possible effects produced. Will be shown explicit explanations for this situation and in the end, will be offered hypothetical solutions for the problem, which approaches the processual law and the penal material in the administrative route.

**Keywords:** Sanctioning Administrative Law. Penal Law. Approximation

## 1. INTRODUÇÃO

As sanções são estabelecidas pelo Direito em campos diversos, se destacando aquelas previstas pelo sistema judicial penal e pelo administrativo sancionador, que são aplicadas de forma mais incisiva e abarcam, na maioria dos casos, a coletividade.

No presente trabalho, compreende-se como direito administrativo sancionador o conjunto de sanções administrativas aplicadas em razão de atos contrários ao interesse público, praticados por funcionário público ou pela coletividade de administrados.

Distinguir as sanções administrativas das sanções penais é uma tarefa difícil, pois podem ser abordados diferentes elementos e óticas diversas, como a competência, o meio a ser adotado para aplicação, a finalidade etc.

Para boa parte da doutrina, o que vem a separá-las é tão somente o elemento subjetivo e formal da autoridade competente para aplicá-las, que no âmbito administrativo é exclusivamente da Administração Pública (MELLO, 2004, p. 743), mas esse elemento, por si só, não demonstra capacidade para sustentar a coexistência de conteúdos materiais semelhantes de normas jurídicas administrativas e penais, sendo que possuem princípios e finalidades distintas (enquanto as normas administrativas se acoplam à noção de interesse público, as normas penais buscam proteger os bens jurídicos mais importantes, interferindo o mínimo possível nos direitos dos indivíduos, dado o seu caráter repressivo).

Desse modo, entende-se mais preciso o posicionamento de Nobre Júnior, que considera que o direito administrativo sancionador:

(...) extrema-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinquência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 128).

A partir dessa conceituação, tentar-se-á, ao longo do presente trabalho, oferecer uma delimitação do Direito administrativo e do Direito penal e oferecer métodos para que a zona de penumbra existente entre eles seja dirimida, usando, para tanto, a linha ideológica de Winfried Hassemer.

Tentar-se-á, também, aproximar o processo penal do processo administrativo sancionador, pois entende-se que aquele oferece garantias maiores aos direitos individuais do

rêu, além de possuir um rito denso, capaz de aperfeiçoar a atividade jurisdicional administrativa e diminuir o apelo à via judicial.

Buscar-se-á apresentar os fundamentos da existência de um direito de punir da Administração, bem como evidenciar em que medida esse poder pode expressar *bis in idem* processual e material, dada a possibilidade de processos intercorrentes.

Por fim, tentar-se-á oferecer um método de aperfeiçoamento do sistema jurisdicional sem que importe em um novo ramo jurídico.

## **2. A CONCEITUAÇÃO DE PROCESSO NO MODELO DEMOCRÁTICO E O REFLEXO NOS SISTEMAS PENAL E ADMINISTRATIVO**

### **2.1. Processo e Procedimento**

O pressuposto do exercício da atividade jurisdicional é a própria elucidação da forma que será aplicada a norma de direito material que, por sua vez, fica atrelada ao dinamismo da relação litigiosa entre as partes, necessitando de uma clara observância pelos juristas das normas previstas no ordenamento, que se coadunam ao sistema democrático de direito.

O processo, no período pós-Revolução Francesa, antes de se firmar como garantia constitucional, estava vinculado ao direito material e servia como forma de evitar a interferência estatal nos direitos individuais, pois era característica do regime monárquico a utilização das vias jurisdicionais para interferirem nos direitos patrimoniais dos súditos.

Essa visão liberal de controle estatal deu margem para que vários teóricos se debruçassem sobre o direito formal e elaborassem teorias capazes de explicar e aperfeiçoar o andamento do processo, na tentativa de tornarem mais perceptíveis e congruentes os atos praticados.

Embora voltassem a âmbitos específicos, principalmente o cível, algumas dessas Escolas tentaram fornecer elementos de uma Teoria Geral de Processo, ou seja, um enquadramento de princípios e constatações empíricas capazes de alicerçar as diferentes vias da jurisdição estatal, que se consolidaram em teorias que influenciaram a atividade processual, como, por exemplo, a teoria da relação processual de Oskar von Bülow e a teoria da instrumentalidade de Francesco Carnelutti.

Embora cada uma dessas teorias – e outras que não foram citadas – tenham contribuído para a consolidação do Direito Processual, a que melhor apartou o processo de

procedimento – sem significar independência de termos – foi a teoria constitucionalista do processo, desenvolvida por Elio Fazzalari e que considerou o contraditório o elemento distintivo.

De acordo com o referido doutrinador, citado por Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 100-101), o procedimento é o gênero marcado pela “ausência da qualidade constitucional principiológica do contraditório” e necessita de uma análise técnica para que seja delimitado, desde que afastado o estigma de ato ritualístico e introduzida a concepção de sequência de atos obedientes ao ordenamento jurídico, dado que este é o instrumento que indica o modelo procedimental.

O processo, por sua vez, é uma “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional” (LEAL, 2001, p. 100), desvinculado de critérios valorativos do juiz e derivado das normas positivadas. Esses elementos próprios do processo refletem um caráter qualitativo do sistema processual, que passa a apresentar uma determinada singularidade em relação ao procedimento, ao passo que se mantém vinculado a esse gênero.

Desse modo, processo se traduz em uma previsão legal anterior, elaborada pelo Poder Legislativo, dotado de uma estrutura de atos sucessivos, que necessita de uma articulação argumentativa das partes e que se concretiza com um proferimento de decisão daquele a quem a lei incumbe a função jurisdicional, desde que fundamentada no ordenamento jurídico vigente.

O elemento distintivo entre processo e procedimento é expresso na Constituição Federal de 1988, pois em seu art. 5º, inciso LV, há a previsão no sentido de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Ou seja, apenas os atos procedimentais que adquirem valor processual, nesses dois âmbitos jurisdicionais, são determinados pelo contraditório e a ampla defesa.

Essa distinção feita por Fazzalari é preponderante para a compreensão do direito processual, pois destaca a importância do contraditório para a realização dos atos que visam o provimento final, além de acentuar a obrigatoriedade da previsão legal para legitimar o sistema procedimental, pois a conformidade com o ordenamento jurídico vigente é seu pressuposto de validade e a certificação de sua legalidade.

Assim, diz-se que os diferentes meios procedimentais estão atrelados à legalidade, enquanto o processo, além de se vincular à legalidade, exige a observância do devido processo para se convalidar.

Destacando a funcionalidade de cada um, impende observar que o procedimento atinge todos os âmbitos da funcionalidade pública, além do seguimento privado, sendo que nem todos os procedimentos são dotados de contenciosidade, daí o motivo de nem sempre ser exigido o contraditório como elemento legitimador. Já o processo, atrelado à contenciosidade e, portanto, ao contraditório, é indispensável aos casos que envolvem direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade (LEAL, 2001, p. 100), pelo fato de o provimento final ser capaz de gerar perdas e danos significativos.

No que se refere aos âmbitos jurisdicionais, essa classificação permite constatar que não importa a matéria que constitui o direito de agir, ela estará imersa em um procedimento voltado à legalidade anterior, ou a um procedimento em contraditório quando dotado de contenciosidade.

Desse modo, seja no âmbito penal ou administrativo, os atos estão vinculados aos institutos normativos do ordenamento jurídico vigente, não podendo se consolidar de modo antagônico à previsão legal. Os atos de mero expediente e de ofício realizados pelos juízes e agentes públicos, subordinam-se, então, somente às normas em sentido amplo, ao passo que a relação entre particulares, ou entre esses e a Administração, subordinam-se, além daquelas, ao contraditório e à ampla defesa, em razão da contraversão de direitos discutida em processo.

## **2.2 Processo no Estado Democrático de Direito**

Feita a distinção entre processo e procedimento, necessita-se abarcar o sentido democrático do processo, que está para além de uma visão instrumentalista e discursiva, pois fomenta as garantias individuais e se desdobra em uma fonte de realização da justiça.

Mais do que um sistema a que se serve o Estado para a realização do direito previsto no ordenamento jurídico, o processo compreende diferentes funções a partir do viés democrático. É uma verdadeira garantia individual, um meio de exercício da democracia dotado de um caráter instrumental e de uma capacidade de concretizar o princípio da legitimidade do poder, incapaz, contudo, de ser reduzido a uma função específica, pois em todos os períodos da História em que limitaram o seu conceito, o processo foi utilizado de forma subversiva.

Como meio de realização da jurisdição, o processo adotou inúmeras facetas, que poucas vezes prezaram por um contorno garantista. A dificuldade de se estabelecer uma natureza, aliado aos interesses de determinados governos, permitiram que o processo fosse utilizado de forma pretensiosa, parcial, dotado de finalidade política e econômica.

Era comum no período absolutista francês a utilização do processo penal, motivado por acusações do clero e da nobreza de certos tipos de crime – como a heresia, por exemplo, com o pretexto de interferir no patrimônio dos súditos, o que culminou em um ordenamento jurídico negativo após a Revolução Francesa, voltado à limitação do poder de agir do Estado, de modo a garantir os direitos individuais dos cidadãos, sobretudo no que tange aos direitos patrimoniais.

Outro exemplo, dessa vez em um período mais recente da história, mais precisamente na primeira metade do século XX, é o processo motivado pelo interesse político, que se tornou uma poderosa arma dos principais regimes totalitários de governo (nazismo e fascismo), pois o Direito, à luz da corrente mais influente da época, qual seja, o positivismo, estava vinculado ao que expressamente estava contido no ordenamento jurídico, o que possibilitou a inserção nos textos legais de normas que mitigavam direitos e garantias individuais processuais dos réus e que contribuía para decisões de cunho político, esboçando os contornos perversos daqueles sistemas.

Se hoje a sociedade possui determinados direitos e garantias processuais, sustentados por curtos trechos da Constituição Federal, foi graças a uma evolução dos institutos jurídicos. Como diz Hassemer ao se referir ao princípio do juízo natural e à fundamentação das decisões previstos na Constituição alemã: “atrás dessas palavras singelas estão séculos de experiência de dominação, de terror, de tutela e ausência de liberdade – não significando que já tenhamos deixado para trás essas experiências de séculos” (HASSEMER, 2007, p. 24).

Desse modo, diz-se que, “a história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder” (ROCHA, 1997, p. 189), por isso deve-se imergi-lo em uma concepção democrática, pois é fruto de uma evolução do pensamento jurídico atrelado aos interesses da sociedade e voltado à valoração das garantias individuais.

Como afirma Cármen Lúcia:

O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de

manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio. (ROCHA, 1997, p. 192).

A concepção democrática de processo é fruto de uma gama de teorias, que remodelaram o sistema formal e impediram aplicações deturpadas desse instituto, chegando a uma identificação do processo como meio, uma garantia aos indivíduos de que a jurisdição pode implicar em reconhecimento, em implemento de direitos individuais, sendo capaz de rechaçar a vontade dos indivíduos de realizar sumariamente a justiça e de impedir a atuação com viés finalístico da jurisdição. “O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade” (ROCHA, 1997, p. 190).

Nas palavras de José Cirilo Vargas (1992, p. 67), “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”, ou seja, o instrumento plausível que encontra suas diretrizes na Constituição e visa ela defender.

No Estado Democrático de Direito, o processo serve à sociedade, é a base legitimante da cidadania e a estrutura adequada para a realização dos direitos fundamentais. Através de meios que possibilitam o acesso à justiça – que no Brasil não encontra o respaldo devido, o povo torna-se integrante da dinâmica processual, ou seja, um fundo dialógico-popular apto a exigir do sistema jurisdicional – aqui entendido como um conjunto de estruturas procedimentais – a concretização do discurso da lei constitucional democrática.

Além disso, o processo adota a função de limitar o poder político estatal, “pois a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual” (LEAL, 2001, p. 42), elaborada de acordo com os interesses da sociedade.

Essa elaboração normativa, pautada na vontade popular, não deve levar em consideração o povo em sentido icônico (MÜLLER, 2000, p. 103), ou seja, uma ficção construída com base em conceitos democráticos voltados a legitimar os interesses de grupos específicos, não coniventes com o interesse da sociedade. Sob a ótica discursiva habermasiana, o povo está legitimado a integrar todos os sistemas estatais, quais sejam as atividades legiferante, administrativa e judicial, de modo a criar, extinguir e aplicar direitos.

Para que a integralização do povo se concretize, faz-se necessário um aprimoramento do nível intelectual dos cidadãos, de modo a compreenderem a real importância da sua participação na construção do Direito, tanto no aspecto legal (ordenamento jurídico), quanto na aplicação (jurisdição), realizando, desse modo, o seu direito de cidadania e consequentemente o teor democrático a que preza a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desse modo, o processo no Estado Democrático de Direito, se valendo a Constituição como medium institucional (LEAL, 2001, p. 96), é um meio de externalização do poder do povo, uma forma de aprimoramento da aplicação da norma material, uma limitação à atividade estatal e principalmente um exercício de cidadania, que eleva o patamar da Democracia e impede a impositividade de determinados grupos sociais.

### **2.3 Processo penal e processo administrativo**

O processo, como instrumento a que se serve a jurisdição, é único. O que torna singular os diferentes ramos do sistema processual é única e exclusivamente a divisão do trabalho, o que torna o direito processual penal e o direito processual administrativo “faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por cissiparidade” (TOURINHO FILHO, 1997, p. 21), qual seja: a jurisdição.

Em um plano geral, a jurisdição não considera existente a distinção dos ramos processuais, o que ocorre são adaptações aos diferentes sistemas para que a dinâmica do processo se adapte ao direito material correspondente, mas mantendo a sua autonomia. Quando o legislador afasta um determinado instituto processual de um determinado ramo jurisdicional, ele apenas considera que outro pode potencializar o resultado. Assim, a integração de um instituto processual diverso, quando não afastada pela lei, é plenamente possível e não causa estranheza, pois é pertencente a uma única jurisdição.

O processo administrativo sancionador visa, nesse sentido, estabelecer meios para que a Administração aplique sanções preventivas aos infratores, pois é de interesse público que os funcionários públicos e os administrados em geral realizem as condutas voltadas ao bem comum. Quando não realizam atividades que são ditadas pela coletividade, esses indivíduos devem cumprir uma sanção prevista em lei, proferida e executada pelo Poder Público – desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa – e que tem uma finalidade preventiva.



Por sua vez, o processo penal busca tornar factível o poder punitivo do Estado a partir da aplicação dos tipos penais, razão pela qual a *sanctio juris* se torna conforme desde que realizada nos preceitos dessa faceta da jurisdição. Seus institutos estão sempre voltados ao poder de agir estatal, delimitando cada etapa da atividade jurisdicional e tentando ao máximo equilibrar a relação entre defesa e acusação, como sustenta o sistema acusatório. Ao dinamizar o direito penal – que, por sua vez, visa proteger o réu do poder punitivo do Estado – acaba também indo nessa direção, ou seja, asseguram direitos individuais do passivo da relação jurídica processual de forma abrangente, mais do que em qualquer outro ramo do Direito.

Essa dinâmica processual, ainda que não exercida de forma categórica pelo Judiciário brasileiro, possui garantias que não são aplicadas com o mesmo rigor que o processo administrativo sancionador, tais como: citação pessoal, direito à interposição de recursos na fase de instrução, imparcialidade do órgão julgador, exigibilidade de defesa técnica, etc., o que configura uma disparidade entre as duas vias jurisdicionais no que tange a impetração de direitos individuais.

O assente constitucional do processo administrativo é claro. Como afirma Odete Medauar:

O processo administrativo encontra respaldo expresso e direto no inc. LV do art. 5º da CF de 1988, que impõe o contraditório e a ampla defesa, com seus desdobramentos, em situações de controvérsia e conflitos de interesse ante a Administração e em situações nas quais se atribuem a pessoas, condutas ou atividades suscetíveis de sanções (acusados). (MEDAUAR, 1993, p. 159).

No entanto, essa processualidade é meramente formal, não possuindo o grau de rigor do processo penal, pois este se estabelece enquanto via protetiva ao réu, enquanto aquele legitima uma atuação dominativa da Administração, que se contrapõe ao sistema de cissiparidade aos casos que interferem nos direitos individuais. A previsão constitucional, desacompanhada de uma aplicação contundente dos pressupostos que tornam o processo administrativo concernente ao interesse do constituinte, torna este sistema ficto.

O conceito da conduta punível pelo Estado, a variedade de sanções e os inúmeros tipos penais tornam o direito material e processual penal objetos de uma análise minuciosa, capazes de acarretar uma variedade de teorias, de modificações legais e de institutos que exigem cautela ao longo da aplicação. A preocupação com a (im)punibilidade torna esse sistema cada vez mais instigante, provocativo, ao contrário do procedimento administrativo sancionador,

que é uma matéria recente, que possui uma finalidade e uma ótica diversas e que se volta mais ao interesse de agir da Administração do que ao potencial lesivo das decisões.

Apenas o ilícito penal parece adquirir relevância do ponto de vista jurídico, razão pela qual os institutos que acompanham o direito material e processual são mais desenvolvidos em relação aos outros ramos do Direito. Se o processo administrativo sancionador tivesse o mesmo tratamento que a seara penal e a doutrina e a jurisprudência analisassem o potencial da sanção e as consequências drásticas patrimoniais, motivadas principalmente pelo inevitável *bis in idem*, os institutos protetivos sancionatórios se tornariam um gênero, que abarcaria o meio punível administrativo sancionador e o penal, e se tornariam observância obrigatória pelo sistema jurisdicional.

Se o Direito brasileiro considera essencial o submetimento do direito punitivo do Estado à qualidade regente do sistema processual penal, em se tratando de prática de ilícitos penais, dado ao seu viés garantista, pode ser aplicado ao processo administrativo sancionador a partir de uma ideia mais abrangente da conduta ilícita e culpável, em que se engloba o ilícito administrativo.

Desse modo, o direito processual penal, ou seja, o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como a persecução penal” (TOURINHO FILHO, 1997, p. 29), enquanto instrumento da jurisdição, pode ser aplicado ao processo administrativo sancionador quando este se demonstrar ineficiente do ponto de vista garantista, ou seja, quando não comportar respeito às garantias processuais do indivíduo que se encontra no polo passivo da relação processual.

## **2.4 Do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos**

A Constituição Federal de 1988 consagra a garantia fundamental ao devido processo legal, que possui como corolários o contraditório e a ampla defesa, e que refletem no âmbito material e no âmbito formal da aplicação legal (MORAES, 2011, p. 113). Com origem no sistema jurídico inglês, mais especificamente na Magna Charta de 1215, o referido princípio possui a seguinte previsão no art. 5º, inciso LV do Texto Constitucional Brasileiro: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Esse princípio é tão relevante para a efetivação dos direitos assegurados pelo modelo democrático que parte da doutrina considera que a observância de forma eficiente pelos operários do Direito dispensaria a aplicação de todos os demais princípios processuais (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 135), dado que serve como uma limitação de atuação das autoridades públicas e também como delimitação dos demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 48). Esses instrumentos não se estabelecem por conta própria, pois se resultam de um procedimento construtivo no qual aquele que deve aplicar a lei deve participar de forma produtiva, tal como os que sofrerão os efeitos da ação.

O devido processo, enquanto instrumento, é avaliado em termos de eficiência da defesa do direito material subjetivo e “seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 49). Ou seja, não é uma determinação exclusiva do processo judicial, mas uma necessidade de todos os procedimentos jurisdicionais para que consagre os direitos previstos na Constituição, sendo, assim, uma garantia que articula e promove todas as demais, como explica Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade. (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 21-22.).

O contraditório, princípio vinculado ao devido processo legal, proporciona a dialeticidade entre os sujeitos da relação processual, o direito-garantia de se manifestar e a liberdade de se manter em silêncio, que se traduz em ônus processual se não exercida no prazo legal (LEAL, 2001, p. 104). A partir dessa legitimidade, as partes não só podem como devem orientar a atividade jurisdicional, fazendo com que a decisão seja elaborada com base nos fundamentos levantados ao longo do processo.

A ampla defesa, co-extensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, traduz-se na possibilidade de o indivíduo atuar de forma efetiva na elaboração dos elementos

probatórios, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, na limitação temporal da produção da prova.

O princípio do devido processo legal e seus corolários, quais sejam a facilitação do acesso à justiça, a fundamentação das decisões, o direito à defesa técnica de advogado, entre outros, determinam o cumprimento de elementos que balizam o exercício jurisdicional e asseguram a efetividade das normas, garantindo o andamento regular do processo.

Assim, expressar o devido processo legal significa levar em consideração todos os requisitos que aperfeiçoam a atividade jurisdicional e possibilitam o melhor aproveitamento possível do instrumento, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. Desse modo, o descumprimento desses elementos – ou o exercício deles de forma precária, torna instável o procedimento e degrada as acepções do devido processo no sistema democrático de direito, corroborando para eventuais abusos da Administração no que concerne ao processo.

A Constituição é clara em garantir o devido processo em todos os âmbitos jurisdicionais, e como foi explicado acima, o processo constitucional só se impõe quando respeitado o critério da ampla defesa, necessitando da defesa técnica para se aperfeiçoar. Nesse sentido, é o entendimento de Rosemiro Pereira Leal:

O Direito de Ampla Defesa, como instituto constitucional expresso no *due process* (art. 5º, LIV e LV, CR/88), com os balizamentos teóricos aqui expostos, só se ergue, em sua efetividade, no direito brasileiro, pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque qualquer ato jurisdicional sem a vinculação do advogado é ato ilegítimo pela falta de suporte constitucional à sua validade, conforme estabelece claramente o art. 133 da CR/88: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (LEAL, 2001. p. 177-178).

No âmbito administrativo o princípio do devido processo legal possui várias aplicações e se destaca também como medida anterior de elaboração de normas de caráter sancionatório. As normas infraconstitucionais não podem ser abrangentes a ponto de legitimar que a Administração Pública realize livremente o exercício do poder sancionatório, pois este só se impetra quando assegurado o contraditório e a ampla defesa, no aspecto material e formal (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 137). Nas palavras de Alexandre de Moraes:

(...) embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito

administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. (MORAES, 2011, p. 113).

Assim, os efeitos do devido processo legal vão além do aspecto prático, refletindo na formação das normas processuais, compatibilizando-as com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Em relação à prática jurídica brasileira, apesar da expressa garantia constitucional do devido processo e da inadmissibilidade da flexibilização dos seus efeitos, o sistema jurisdicional brasileiro permite atos em sentido contrário em relação aos seus corolários, como, por exemplo, na possibilidade de trâmite regular de processo administrativo disciplinar de servidor público sem a nomeação de um advogado, aceita pelo STF, a partir da emissão da Súmula Vinculante nº 5, in verbis: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008a).

No precedente representativo da aludida súmula (BRASIL, 2008b), o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, alegou que a dispensa de advogado é compatível com o ordenamento, desde que assegurado o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados pelo sujeito passivo, inexistindo violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sustentou também que existem processos judiciais em que é dispensada a assistência de advogado – como no *habeas corpus* e na revisão criminal, e que por tal razão se legitima no âmbito administrativo.

Em sentido contrário, deve-se levar em consideração que a ausência de advogado nos processos judiciais em comento não engendra prejuízo ao requerente ou impetrante, tendo em vista que visa aumentar o rol do polo ativo e tornar menos burocrático o acesso à justiça, ao contrário do processo administrativo disciplinar que gera prejuízo à parte, dado que as decisões nesse âmbito importam sempre em algo negativo ao funcionário público – multa, suspensão ou perda do cargo. Ou seja, enquanto no processo judicial a desnecessidade de advogado possui uma finalidade positiva, no âmbito administrativo significa disparidade de forças e aumento da possibilidade de imposição de decisão prejudicial sem que haja a possibilidade de reconhecer a nulidade do processo.

Esse entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, a partir da mitigação dos efeitos do art. 5º, LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), contraria o próprio entendimento do Pretório Excelso, que ao julgar o MS 20.999-2, que tratava de uma ação

ajuizada por agente público motivada por sua demissão realizada pela Administração, entendeu que nesse artigo:

“(...) o legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos” (BRASIL, 1990).

Ou seja, o STF, em relação ao devido processo no âmbito administrativo, tem-se demonstrado reducionista, caracterizando uma abnegação desse direito fundamental.

### **3. A OBSCURIDADE JURISDICIONAL ENTRE O SISTEMA PENAL E ADMINISTRATIVO PERPETRADA PELO EXPANSIONISMO PENAL**

Um dos principais fenômenos do ordenamento jurídico das sociedades contemporâneas é o denominado expansionismo penal, considerado um marco da globalização, fruto de uma sensação de insegurança coletiva, derivado de políticas criminais simbólicas e punitivistas e que engendra uma reflexão quanto à existência de uma sociedade de riscos (MORAES, 2011, p. 331).

A constante sensação de insegurança, aliada à dependência de respostas estatais imediatas, retiram a potencialidade de solução de conflitos e a garantia da ordem de outros meios existentes – sejam eles jurisdicionais ou não – e transferem ao Direito penal, externalizando uma confiança na eficácia desse âmbito jurídico e o crescimento do viés punitivista da sociedade.

O expansionismo penal, de acordo com Iago Oliveira Ferreira (2014, p. 167), tem como principais características a instrumentalização do direito penal – bem como sua inoperatividade, seletividade e simbolismo –, excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo), descodificação, flexibilização das garantias penais e processuais e caos normativo.

O aumento da criminalização, principal aspecto do expansionismo, para Eugênio Raúl Zaffaroni (1991, p. 27), indica que o sistema penal está sendo montado para que a legalidade processual seja utilizada com alto grau de arbitrariedade seletiva, que seria aplicada aos setores mais vulneráveis da sociedade. Essa seletividade provoca uma reação imediata desses

grupos vulneráveis, pois passam a enxergar a criminalização de condutas praticadas pelos grupos economicamente superiores uma possibilidade de vingança, o que irradia o punitivismo.

A partir disso, esse movimento gera uma obscuridade no sistema jurisdicional, dado que se pauta em um fundamento do direito penal como defesa dos bens jurídicos mais importantes e em uma garantia de limitação do poder de punir do Estado, ao passo que se expande o campo de incidência da norma penal como forma de preservar os interesses da sociedade e a manutenção da ordem pública. Como afirma Ana Carolina Carlos de Oliveira, baseando-se em Hassemer:

O discurso político criminal contemporâneo é outro. Deixa de ver o Direito penal como limite à intervenção arbitrária do Estado, e passa a considerar este um aliado de uma sociedade temerosa dos riscos e ameaças tecnológicas e humanas. O medo do delito é um novo paradigma de debate sobre a política pública criminal. Nesse sentido, Hassemer menciona que o Estado não é mais o Leviathan, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito penal. Tais mudanças estariam relacionadas a todos os âmbitos da intervenção penal: o Direito penal material, o processo penal, e o discurso político-crime em geral, fazendo com que o Direito penal adotasse como objetivo primordial o alcance da segurança social. (OLIVEIRA, 2012.p. 43-44).

O expansionismo deprecia também a atividade legislativa, pois o legislador passa a analisar se a sanção penal promoverá uma solução rápida e geral do problema, pautando-se, para isso, na vontade popular. Na elaboração do tipo não são levadas em consideração as raízes da criminalidade, muito menos um estudo minucioso da efetividade do Direito penal como meio de impedir as transgressões sociais, tornando exorbitante a quantidade de tipos penais, sem que importe em redução da criminalidade.

A criminalidade é diretamente proporcional à tipificação de condutas, que, por sua vez, tem-se desvincilhado da lesividade, razão pela qual o número de criminosos aumenta no Brasil, sem que isso signifique aumento da prática de condutas lesivas aos bens jurídicos importantes.

A redução da criminalidade passa também pela redução do campo de incidência da norma penal, dado que a inflação de normas penais não importa em uma valorização do sistema punitivo por parte da sociedade, pois a eficácia não está na existência da norma legal,

mas na concepção dos indivíduos de que a prática de determinado ato não se coaduna aos interesses sociais.

O afastamento do direito civil e do direito administrativo promove uma ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevante, o que faz com que o direito penal tenha espaço para ocupar, pois este deixa de se importar tão somente com a potencialidade lesiva das condutas isoladamente consideradas e passa a englobar também os danos cumulativos ou derivados da repetição.

O direito penal, nesse compasso, se descaracteriza, perde a função de *ultima ratio* e se contamina com as características do direito administrativo, gerando uma verdadeira administrativização do direito penal, pois começa a atingir áreas que antes não ocupava, como, por exemplo, na criminalização de condutas contra o meio ambiente e contra o Sistema Financeiro Nacional, previstas nas leis nº 9.605 (BRASIL, 1998) e 7.492 (BRASIL, 1986), respectivamente. Assim, o direito penal passa a ser protetor de interesses da Administração que já estavam protegidos pelo direito administrativo.

Não se desconsidera a potencialidade lesiva de certas condutas, mas a inserção de todos os tipos penais daquelas leis – e de outras que são reflexo desse expansionismo – sobrecarregam o Poder Judiciário e obstam o melhor aproveitamento das vias jurisdicionais, pois a estrutura jurisdicional penal passa a se voltar para condutas penalmente ilegítimas, fazendo com que o campo penal perca seu sentido, a partir da leitura do princípio da *ultima ratio*. A seriedade para a produção das normas penais, exigida por esse princípio, é desconsiderada para a efetiva criminalização. O direito penal é visto como um meio para o cumprimento da finalidade punitivista contemporânea, não mais como um sistema de garantia individual do agente.

Nas palavras de Hassemer:

(...) espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. (HASSEMER, 1993. p. 48).

Com o expansionismo, a lesividade da conduta dá lugar à probabilidade de sua ocorrência, uma presunção absoluta realizada por um juízo anterior, derivado das regras da



experiência ou da vontade de quem exerce o poder. Possibilita também uma intensificação da produção legislativa, que acarreta numa perda de finalidade da norma, pois são estabelecidas diversas sanções, sem que a finalidade de sua existência fique evidente.

Acarreta-se, além disso, a saturação de processos judiciais, o que desvaloriza a atividade jurisdicional, pois a expansão do direito material exige a transferência de casos administrativamente relevantes para a via judicial, que, ao final, por meio dos institutos processuais, são desconfigurados. Explica-se: a tipificação de condutas de menor potencial ofensivo legitima o Estado a processar, mas a decretação de pena de prisão raramente ocorre ao final dos processos, desvalorizando uma atividade que poderia ser feita na via administrativa, com a aplicação de multa ou outra pena que não a restritiva de liberdade.

Não obstante, o expansionismo produz uma dicotomia: de um lado o Estado está legitimado a estabelecer pena restritiva de liberdade a partir da criminalização das condutas; de outro ele se mantém sobrecarregado com os problemas administrativos que a criminalização das condutas produz – principalmente no que se refere ao encarceramento em massa e ao aumento do gasto público com o sistema prisional –, que geram efeitos negativos não só no para o réu, mas para a sociedade como um todo, pois é ela quem arca com tais custos.

Dentre todos esses efeitos, o mais retrógrado se manifesta na aplicação das penas, pois a legitimidade punitiva possibilitada pelo expansionismo orchestra uma duplicidade de via jurisdicional, que macula os efeitos da sanção nos campos penal e administrativo. A transmutação de uma conduta para o status de penalmente relevante não necessariamente afasta o âmbito do direito administrativo, quando deveria ser essa finalidade do sistema.

Para o problema do expansionismo do direito penal, Hassemer delimita a existência de um modelo que permeia o direito administrativo e o direito penal, o qual o autor dá o nome de Direito de Intervenção:

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil pelos atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis de mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metódico, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais. (HASSEMER, 1993, p. 59).

Para Hassemer (1993, p. 60), com a criação do Direito de Intervenção, o Direito Penal se desprenderia dessa necessidade contemporânea de implantar legalmente resoluções rápidas e impediria que a pena restritiva de liberdade se mantivesse como medida satisfativa a todos os problemas sociais, pois ele considera que essa expectativa de precaver a prática de certa conduta, comum no modelo atual, é algo inalcançável.

O Direito de Intervenção, nesse sentido, não é uma versão menos agressiva do Direito penal, muito menos uma espécie de Direito administrativo, mas uma resposta qualitativa à criminalidade moderna que se apresenta ante o expansionismo penal (OLIVEIRA, 2012, p. 48). Não seria aplicado aos crimes violentos ou os de ampla degradação, mas aos casos que englobam essa nova tendência em promover ação rápida e preventiva aliada à repressão ao perigo de dano.

O Direito penal voltaria a se concentrar na proteção dos bens jurídicos mais importantes e deixaria para o Direito de Intervenção a aplicação das normas oriundas dessa nova política. Englobaria esse novo modelo alguns crimes, contravenções penais, normas sancionadoras de Direito tributário (HASSEMER, 1994, p. 33). Eliminar-se-ia, assim, as condutas de perigo abstrato e o uso instrumental do direito penal, características que exteriorizam o seu caráter simbólico (HASSEMER, 2008, p. 209).

Muito embora tenha se aprofundado no problema do expansionismo penal, como prevê Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012, p. 48), com a proposta do Direito de intervenção, Hassemer não visa anunciar uma solução definitiva para esse fenômeno, mas sim estabelecer um discurso capaz de motivar novas formas de lidar com ele, além de fornecer uma nova atitude ante a esse problema.

Assim, utilizando os fundamentos da teoria de Hassemer e levando em consideração a existência de uma zona de penumbra entre o Direito penal e o administrativo, levantada pelo autor, defende-se a delimitação do ordenamento ante a ocorrência do expansionismo penal, sem, contudo, considerar válida a existência de um ramo autônomo do Direito.

A norma que compõe esse campo jurídico criado por Hassemer não viria a ser delimitada precisamente pelo legislador, ou seja, adquiriria um caráter residual pela incapacidade de se enquadrar no âmbito penal ou administrativo. Seria a exceção ao enquadramento técnico-legislativo da norma, razão pela qual não inibiria o efeito do expansionismo penal.

A delimitação de um novo campo do Direito não exprime efeitos jurisdicionais diversos, dado que as normas continuariam a ser elaboradas com a finalidade punitivista e proporcionariam apenas uma diferenciação quanto à competência para gerir os casos concretos: as normas que viessem a prever em seu preceito secundário a pena restritiva de liberdade manteriam a colocação no Direito penal, enquanto aquelas que estipulam sanções diversas da restrição de liberdade passariam a compor o Direito de Intervenção, o que obstrui o *bis in idem* processual.

Um novo sistema de Direito só teria lugar se o aperfeiçoamento dos sistemas que existem fosse algo insuscetível, o que não é verdade. Os princípios gerais da Constituição – que de certa forma mantêm um padrão entre os sistemas de aplicação de sanção –, aliados ao princípio da eficiência da Administração – fundamento capaz de exigir um rigor técnico-legislativo e técnico-jurisdicional análogo ao sistema penal –, são capazes de transmutar o direito material e processual administrativo para um modelo mais rigoroso e delimitado.

A solução menos impactante seria uma releitura dos tipos penais a partir do princípio da lesividade e da *ultima ratio*, levando em consideração também a efetividade da aplicação das penas. Constatada pelo legislador a desnecessidade de aplicação desse tipo de sanção e não estando prevista uma norma que abarque a conduta que se visa regular, automaticamente se destinaria ao âmbito administrativo, impedindo que uma norma superveniente com viés punitivista conduza-se pelas mesmas razões. O contrário também deve ocorrer: uma norma penal superveniente deve obstar de todos os efeitos a norma administrativa que estabelece sanção.

Delimitado o âmbito da norma, dever-se-á aplicar as normas gerais de direito material e processual penal àquelas que se enquadram no Direito administrativo, dado o viés garantista e a ideia de proteção de direitos individuais que permeiam o sistema penal. Assim, na fase de aplicação de sanção administrativa, os direitos do réu estarão mais bem representados a partir dessa sistemática, pois os abusos praticados sob o fundamento de interesse público passam a ser afastados pela ideia de proteção dos direitos individuais.

Assim, ao invés de o ordenamento se desdobrar em um novo âmbito, pode-se qualificar os existentes a partir dos elementos positivos que possuem, associando-se, ainda, as recomendações de Hassemer quanto à delimitação dos bens jurídicos abarcados pelo Direito penal.

A via administrativa de fato proporciona uma preservação maior de direitos, pois oferece, além de outros fundamentos, a manutenção da liberdade, a não ocorrência de reincidência a não decretação de maus antecedentes etc. Também preza pela realização da atividade que interessa a coletividade, não se dedicando exclusivamente à punição do indivíduo, o que torna o sistema menos agressivo se comparado ao sistema penal contaminado pelo punitivismo.

Assim, o que seria idôneo para o sistema jurisdicional seria o reducionismo do campo penal e o aperfeiçoamento do direito processual e material administrativo, razão pela qual se propõe a aplicação das normas e garantias processuais e materiais penais àquela via, como forma de evitar o exercício do processo na via judicial – e consequentemente a possibilidade de supressão dos direitos, ao passo que também se sustenta a não ocorrência de bis in idem.

#### **4. EXTERNALIZAÇÃO DAS INTERFERÊNCIAS ENTRE OS DOIS ÂMBITOS NO SISTEMA BRASILEIRO**

Entre os atos que são próprios da Administração está a garantia da ordem pública e a fiscalização da prestação de serviços desempenhados, que exigem, dentre outros poderes, a capacidade de estabelecer sanções diversas da jurisdição penal para que os contratos celebrados com os particulares (vínculo negocial) e para que a atividade realizada pelos servidores (vínculo hierárquico) e a relação com os administrados em geral sejam adequados ao que o ordenamento preconiza.

As sanções administrativas dividem-se em restritivas de direitos e de natureza patrimonial (multa), são anteriores ao fato e adequam-se à conduta praticada e à finalidade visada pela Administração, que pode ser corretiva ou reparativa (*status quo ante*), mas nunca punitiva.

Essa última finalidade, buscada pelo Estado repressor e não pelo Estado administrador, pertence ao direito penal, que, por sua vez, observa os interesses administrativos durante a tutela dos bens jurídicos próprios da Administração, o que cria uma dupla proteção aos objetos jurídicos e a necessidade de medidas legislativas e judiciais com intuito de delimitar a funcionalidade das medidas repressivas.

A partir dessa possibilidade de dupla punição, o legislador realizou um juízo de valor entre a finalidade punitiva e a reparativa dos crimes tributários, extinguindo a punibilidade das condutas por considerar que a arrecadação é mais importante para o Estado do que a aplicação de pena, ou seja, a vontade do Estado administrador em arrecadar se sobrepõe ao seu interesse punitivo, o que mostra que a resolução em âmbito administrativo do pagamento do tributo pode interferir de maneira positiva no seara penal, pois evita que a liberdade seja atacada mediante a pretensão punitiva do Estado.

Sucedendo, embora o STJ (BRASIL, 2003) entenda que essa extinção pode ser reconhecida em qualquer fase do processo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, essa medida não afasta a reincidência em caso de decretação da extinção de punibilidade posterior ao trânsito em julgado, o que demonstra um descompasso, pois a medida pode ser solucionada administrativamente e manter os efeitos no direito penal, o que não pode prosperar, dado que o pagamento, objeto da tutela, foi realizado.

A tutela pelo direito penal só se justifica quando presente uma vontade de praticar uma grave lesão ao fisco, uma fraude ou evasão fiscal, o que não se faz presente na maioria dos casos, demonstrando uma intenção do Estado de utilizar o sistema penal como instrumento intimidador para receber as contribuições devidas pelos administrados.

Embora seja essa uma das funções do direito penal a exigência de um comportamento social, utilizá-lo como meio acessório é um risco, pois a lesividade que lhe é inerente fomenta uma desqualificação do sistema e o torna aliado vinculado ao direito administrativo, quando lhe deveria ser subsidiário.

## **5. OS PRINCÍPIOS DA *ULTIMA RATIO* E *NE BIS IN IDEM*: INSTRUMENTOS QUE ASSEGURAM A DINÂMICA PROCESSUAL DOS SISTEMAS PENAL E ADMINISTRATIVO**

### **5.1. Delimitação do controle formal face ao princípio da *ultima ratio***

Com o objetivo de estabelecer certo padrão relacional a sociedade mantém dois tipos de controle social: o informal, que possui normas e sanções que variam de acordo com a instituição pertencente, tais como a família, a igreja e a escola; e o formal, exercido exclusivamente pelo Estado e que possui uma consequência penal em decorrência de uma infração à disposição normativa, sendo delimitada pelo Poder Legislativo.

Nota-se que o controle formal está atrelado a uma aceitação anterior da sociedade, pautada no reconhecimento do Estado como meio de impedir atos abusivos dos particulares, embasado em normas de caráter obrigacional que se fundam na perspectiva atual político-econômica do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, através do instituto normativo:

(...) o sistema penal, mecanismo de controle social formal (Legislativo- Lei Penal- Polícia- Ministério Público- Judiciário- Prisão- ciências criminais- sistema de segurança pública, etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família- escola universidade- mídia- religião- moral- mercado de trabalho- hospitais- manicômios), funcionalmente relacionado às estruturas sociais (ANDRADE, 2008).

Ou seja, compete exclusivamente ao Estado a elaboração de normas e as sanções cabíveis em caso de transgressão, a delimitação dos campos em que as normas irão incidir – penal, administrativo, cível – além da capacidade de dizer quem de fato é considerado agente de uma conduta punível, avocando para si, conseqüentemente, o poder de coação.

Sucede que a imposição de sanção varia de acordo com o ramo do Direito, sendo delimitado o grau de importância dos bens jurídicos em uma condição escalonada, ficando o direito penal com a missão de defender aqueles considerados mais importantes pela sociedade, só se justificando sua imposição quando “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito” (CONDE, 1975, p. 60).

Justamente pela possibilidade de aplicação de sanção por ramos do Direito que não o penal, em que se cria uma mitigação dos direitos individuais, sobretudo o direito à liberdade, que se deve estabelecer como medida protetiva aquelas previstas em normas penais e processuais penais (DE CASTRO, 2015, p. 176).

O princípio da *ultima ratio*, que exige tal subsidiariedade do direito penal, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 55), “indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim”, sob risco de restringir direitos e garantias previstas na Constituição Federal, sobretudo à liberdade e ao patrimônio, principais alvos das penas impostas pelo ordenamento. Isto é, o princípio da *ultima ratio* exige que a norma penal, enquanto pertencente ao controle formal, seja fragmentária, aplicada somente em agressões graves aos bens jurídicos considerados imprescindíveis pela sociedade.

Ainda que não previsto expressamente pela Constituição Federal, tal princípio nela se ampara, tendo em vista que é corolário da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos previstos no art. 1º da Magna Carta, “sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito” (BITENCOURT, 2014, p. 49). Assim, ao limitar o controle social formal, sobretudo em relação à matéria penal, o princípio da *ultima ratio* obedece ao mandamento constitucional, impede a interferência excessiva do Estado e preserva as garantias individuais.

## 5.2. *Ne bis in idem* e repercussão nos processos penais e administrativos

O Estado possui uma única pretensão punitiva, variando apenas os caminhos que a lei estabelece – se o expresse pelo direito civil, pelo administrativo ou pelo penal – para a execução dessa pretensão, devendo ser levada em conta a determinação dos bens jurídicos de cada esfera. Assim, nesse sentido, preceitua Humberto Theodoro Júnior:

Na verdade, ou na essência, o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso mesmo, comuns a todos os seus ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo. Conveniências de ordem prática, no entanto, levam o legislador a agrupar as normas processuais em códigos ou leis especializadas, conforme a natureza das regras aplicáveis à solução os conflitos, e daí surgem as divisões que individualizam o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho etc. (THEODORO JÚNIOR, 2015. p. 4).

Desse modo, diz-se que os campos jurídicos não se confrontam e não se afastam, apenas observam as peculiaridades que a lei determina, pois estão vinculados aos mesmos princípios e voltados essencialmente ao propósito de aperfeiçoar a realização do direito material.

O princípio do *ne bis in idem* reflete tanto na esfera processual quanto na material do Direito. Na primeira, o princípio tem por “objetivo conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado” (TORRADO, 2008, P. 21), além de garantir “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão” (TORRADO, 2008, p. 306).

Já na segunda esfera, o princípio garante que o mesmo fato cometido por um mesmo sujeito não será passível de dupla punição, sob pena de configurar excesso punitivo do Estado, fato que configura transgressão aos ditames constitucionais, sobretudo ao princípio da

legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e que serve de base para o aspecto substancial do *ne bis in idem* (MASCARENHAS, 2009).

As espécies sanções penais e administrativas pertencem ao gênero sanção jurídica, que pode ser definida como a “consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos” (MELLO, 2005, p. 26). O princípio do *ne bis in idem* é limitador, portanto, do gênero, e não da espécie sanção penal, pois delimita o poder punitivo do Estado no meio jurisdicional penal e administrativo, levando em consideração apenas o aspecto objetivo de punir, ou seja, não importa o aspecto subjetivo do pertencimento da sanção à seara penal ou administrativa para que a dupla punição seja configurada.

Assim, impende observar que em seu aspecto material, o referido princípio supera o âmbito penal e atinge o âmbito administrativo, impossibilitando que uma mesma conduta seja penalizada nas duas esferas, ou duplamente no interior de uma delas (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474). Assim, a mera previsão normativa, que faculta ou exige a aplicação de sanção administrativa para uma determinada conduta, que venha a refletir diretamente no âmbito penal, será afastada pelo princípio do *ne bis in idem*.

No que tange ao processo, a possibilidade de punir da Administração, ainda que motivada pelo princípio da independência das instâncias, fica restrito à observância do princípio do *ne bis in idem*, porque, pela instrumentalidade que é intrínseca à atividade processual, ou seja, pela funcionalidade de servir como meio de aplicação de normas materiais que pertencem ao gênero sanção jurídica, que necessariamente está condicionada à observância do *ne bis in idem*, também a ele se vincula.

Assim, as normas processuais adequam-se ao campo jurídico determinado pelo legislador de forma a garantir a melhor aplicação do direito material, mas mantêm ligação com os princípios gerais que sustentam a atividade jurisdicional, sejam os explícitos no Texto Constitucional ou os implícitos, que compreende o princípio do *ne bis in idem*.

Diz-se que as normas de direito administrativo e penal, seja em relação ao instrumento processual, seja em relação ao direito material, observam os princípios simultaneamente, razão pela qual é errôneo considerar que a independência da jurisdição permite a aplicação de dupla punição em âmbitos apartados, pois o que se leva em consideração não são os meios de jurisdição, mas os efeitos da sanção em dupla via de jurisdição.



Assim, definida a via a que o Estado se serve para exercer a jurisdição e a aplicação de sanção, escolhida pelo legislador, razão aquele não terá para aplicar novamente o instrumento processual e o poder punitivo, pois se exaurem com a propositura da ação e com a execução da sanção respectiva. O legislador, ao definir o âmbito da matéria, exerce um juízo de valor, ou seja, se insere no âmbito administrativo uma situação juridicamente relevante, considera aquele proporcional e suficiente à sua regulação, razão pela qual a superveniência de uma norma penal que dispõe no mesmo sentido – ou em sentido semelhante – deve ser prontamente afastado pelo princípio do *ne bis in idem*. O contrário também é verdade.

Nota-se que essa observância torna democrático o sistema jurisdicional, pois ambas as vias são ditadas pelo princípio da legalidade e, portanto, dependem da vontade do povo para que sejam definidos os meios sancionatórios e a via processual adequada. Incube ao legislador, levando em consideração a vontade popular, definir o que de fato compreenderá cada via jurisdicional, mas a edição de uma norma punitiva destinada a uma via, que venha a refletir em outra, caracteriza uma desproporção do legislador e uma incongruência normativa, pois é um evidente conflito de normas, dado que elas possuem a mesma finalidade, qual seja: punir, devendo ser afastada por descumprimento de princípio. Percebe-se que o *ne bis in idem* opera até mesmo na fase legiferante.

Conforme visto, o que torna uma norma com viés sancionatório afastada pelo *bis in idem* não é a consideração como administrativa ou penal, mas sim o objetivo que ela apresenta, pois a fundamentação que visa legitimar a existência de normas idênticas em âmbitos distintos – que leva em consideração a finalidade diversa do direito administrativo sancionador e do direito penal – embasada, ainda, na independência das instâncias, não tem sustentação, pois esses elementos fomentam uma abstração do sistema jurisdicional, causando problemas irreversíveis aos indivíduos que sofrem os efeitos da aplicação normativa.

## **6. INDEPENDÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE SANÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS FUNDAMENTOS**

### **6.1. Do princípio da Independência das Instâncias**

A segunda metade do século XIX, que foi marcada pelo reformismo francês, teve como marcos a mudança de concepção do Estado e a sistematização do ordenamento jurídico,

possibilitando a criação de uma proposta de separação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, de modo a penalizar os ilícitos administrativos e reduzir o campo de regulação da seara administrativa, sempre sujeita a maiores atuações arbitrárias dos governantes (GUARDIA, 2014, p. 774-775).

Natural do sistema jurídico, a norma penal exige sempre uma justificativa plausível para a imposição da sanção, bem como uma série de garantias ao réu. Transferir o ilícito administrativo para o campo do Direito Penal deveria significar uma série de benefícios aos indivíduos pertencentes à coletividade que porventura incorressem no tipo, dado o caráter protetivo da norma na relação processual penal entre réu e Estado. No entanto, o efeito que esse deslocamento criou foi extremamente negativo, tendo em vista que a mera transferência não importou em impossibilidade de serem criadas novas restrições de Direito Administrativo, que poderiam até mesmo se assemelhar aos tipos penais, o que corroborou para a expansão do sistema punitivo e para a ocorrência da dupla punição (*bis in idem*).

O principal garantidor da possibilidade de dispersão de responsabilidade em diferentes esferas jurisdicionais é o princípio da independência das instâncias, reconhecido pela jurisprudência brasileira. Tal princípio, sob a ótica das obrigações, prevê que uma ação ou omissão é capaz de gerar reflexos em diversos campos jurídicos, o que traduz a necessidade de se estabelecer sanções diversas ao autor de transgressão das normas previstas.

A eficiência é o seu fundamento e o efeito operacional sua medida, dado que para a realização do direito material proposto divide-se a jurisdição em competências. No Direito brasileiro a independência é a regra e a comunicabilidade é a exceção, ocorrendo apenas em determinadas situações. Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 4. É firme a jurisprudência desta Corte quanto à independência e autonomia das instâncias penal, civil e administrativa, razão pela qual o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Somente haverá repercussão, no processo administrativo, quando a instância penal manifestar-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria, não sendo o caso dos autos. Precedentes. 5. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2015).

O ordenamento jurídico é compreendido como um elemento integrado, em que as normas estão em constante relação, não sendo admitidas interpretações dispersas, que desconsiderem os preceitos de determinados textos legais. No entanto, as matérias variam de acordo com a relação a que visa regular, o que altera também a sua interpretação e os efeitos a serem percebidos no caso concreto.

Por haver interesses diversos em relação a uma mesma conduta, como, por exemplo, no caso em que o servidor público precisa respeitar os princípios da impessoalidade e da eficiência ao desenvolver seu trabalho, mas resolve praticar indevidamente determinado ato de ofício para satisfazer interesse pessoal, vindo a cometer o crime de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal (BRASIL, 1940), o Poder Administrativo e o Judiciário podem decidir de forma diversa e incomunicável, cabendo a esse último apenas o controle de legalidade dos atos legais daquele.

Ou seja, os efeitos materiais, que são os mesmos em algumas infrações penais e administrativas, não observam as mesmas delimitações, dado que o princípio da independência das instâncias danosamente impede que se desloquem os mesmos níveis de controle de aplicação de sanção penal à sanção administrativa, bem como obsta o submetimento das análises administrativas ao Judiciário.

Assim, em relação ao sistema sancionatório, o princípio se traduz em uma possibilidade de o Estado ocupar a posição de sujeito passivo em diferentes campos jurídicos, concedendo legitimidade para que, concomitantemente, utilize o poder-dever de agir, sem que a aplicação de sanções dúbias configure excesso punitivo.

## **6.2. Previsão de aplicação de sanções e a supremacia do interesse público**

A supremacia do interesse público é vista como uma garantia da própria sociedade, justificada pelo deslocamento de pretensões comuns dos indivíduos para o Estado, que não podem ser supridas por ato dos particulares. Constitui princípio implícito do Direito Administrativo e o objetivo de toda a atividade administrativa, mas não possui um conceito exato, ocupando uma posição entre as zonas de certeza negativa e de certeza positiva (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34), cabendo ao intérprete determiná-lo a partir dos elementos do fato – conceito determinável (RIBEIRO, 2010, p. 115).

Para uma parte da doutrina, a supremacia do interesse público possui amplo alcance, sendo afastado o interesse privado em um dado conflito, ainda que alicerçados por direitos fundamentais. Nesse sentido, preceitua José de Carvalho:

Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34).

Outra parte da doutrina propõe a inexistência de conflitos entre interesses público e privado, vindo a considerar que aquele é apenas uma consequência de uma gama de interesses privados concatenados, que necessitam do Estado para serem efetivados. Assim, cidadão poderia ser contrário a uma determinação social, mas não poderia deixar de reconhecer que ela prevalece no sistema a qual está inserido.

Independentemente da natureza jurídica e a classificação doutrinária, é pacífico o entendimento de que o interesse público é o garantidor do direito de punir da Administração e a sua finalidade. Todos os atos administrativos nesse sentido observam essa razão justamente por ser o seu requisito de validade.

A competência para aplicação de sanção por parte da Administração é derivada dessa supremacia, se dividindo em geral – quando manifestada em face da preservação do interesse coletivo – e especial quando submetida a regime jurídico publicístico (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 127), como, por exemplo, as infrações tributárias.

A forma democrática de se estabelecer os interesses coletivos é a lei, que no Direito Administrativo é vinculado ao princípio da legalidade. Esse princípio, além de restringir a atuação da Administração ao que a norma prevê, possibilita aos particulares realizarem um juízo de valor, comparando as atividades de fato exercidas pelo Poder Público com as disposições normativas (CARVALHO FILHO, 2014, p. 20).

O texto legal concede à Administração a legitimidade para punir e delimita em quais ocasiões a sanção se faz necessária. Aos gestores cabem analisar o preenchimento dos

requisitos de validação punitiva – conduta contrária ao preceito da norma, o relevante interesse público, a autoria, garantindo os efeitos preventivo e corretivo.

Nesse sentido, a coletividade define qual a melhor sanção para tal descumprimento, a norma é criada para satisfazer o interesse público e o administrador está incumbido a efetivar a aplicação ao caso concreto, sem poder desvirtuar do que a norma impõe, sendo assim, um ato vinculado.

Levando em consideração o posicionamento diverso da doutrina, faz-se necessária a realização de algumas considerações. Em primeiro lugar, os interesses privados são levados em consideração ainda que em contraposição ao interesse público, dado que em casos de ocorrência de atos que violam os direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito se posiciona favorável ao interesse privado, dado que o viés democrático assegura a vontade da maioria, mas mantém assegurados os direitos fundamentais da minoria.

Levar em consideração a supremacia do interesse público como respaldo à possibilidade de via independente de jurisdição da Administração, mas sem observar os direitos individuais, aos instrumentos processuais adequados e aos princípios constitucionais do Direito, bem como as normas que instruem a aplicação do direito sancionador (ne bis in idem, lesividade, proporcionalidade etc.), mais do que passível de nulidade, se torna uma conduta lesiva ao próprio sistema democrático.

Assim, a coexistência de interesses privados que sustentam o interesse público não pode determinar a inobservância de direitos fundamentais dos seus subordinados, não podendo se falar em observância de garantias individuais em apenas algumas relações entre particular e Estado, mas em todos os que desafiam os direitos individuais, pois a realização de um processo ou a aplicação de uma sanção que não observam os preceitos fundamentais e tão somente o que se entende por interesse público configura uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, dado o grau de abstração desse conceito.

O interesse público pode moldar e interferir no comportamento dos indivíduos, mas jamais ultrapassar os limites que o ordenamento lhe impõe, e nesse caso, um processo justo, ou seja, que respeite ao devido processo e seus corolários, bem como uma aplicação única de sanção são necessários.

## **7. DA ELEVAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AO GRAU DE RIGIDEZ DO PROCESSO PENAL**

Viu-se que uma das funções do processo no Estado Democrático de Direito é a de se comportar como instrumento capaz de realizar os direitos materiais a partir de uma ótica discursiva. Como formalidade intrínseca ao exercício da jurisdição, o processo necessita se adequar veementemente aos interesses que são determinados pelo povo a partir de da atividade legiferante.

O processo e o direito material administrativo são densos, têm uma variedade de funções e institutos que pairam sobre diferentes situações fáticas e disciplinam um conjunto de atos, que vão desde as relações entre a Administração e servidores às relações entre aquela e os administrados no geral, passando ainda pelas relações derivadas de celebração de contrato.

A Administração dispõe de diferentes instrumentos para fazer com que o administrado realize uma pretensão ou uma conduta, que podem ter ligação com medidas do Direito Civil – sanção pecuniária na hipótese de descumprimento de encargo, por exemplo – e do Direito Penal – adoção de força disciplinada.

Independentemente da via que o legislador estabelece para que o ato seja executado pela Administração, todas aquelas medidas que necessitam de um processo anterior, ou seja, um procedimento em contraditório inerente às discussões que causam perda ou redução de um direito individual, na sistemática processual-administrativa atual, não têm o conjunto de garantias materiais e processuais que são determinantes para a cimentação de uma pretensão naquele sentido.

O direito administrativo sancionador, mais do que uma faceta do Direito Administrativo, encontra semelhanças no campo penal, mas reúne defeitos graves que abarcam os dois ramos do Direito, quais sejam: a superficialidade do sistema administrativo sancionador e a interferência em bens e direitos que são características do sistema penal.

O Direito Penal, por ser o campo do ordenamento mais concentrado e mais intricado do ponto de vista lesivo, capaz de produzir efeitos na família, no trabalho e em todos os demais institutos que fazem parte da vida do réu, possui um rigor normativo e técnico para a sua realização. Não basta o surgimento de um fato juridicamente relevante para que a pena seja aplicada, ao contrário do instituto da reparação civil por exemplo, que pertencente ao

direito privado, em que o dever de indenizar surge com a realização da conduta, a existência do dano e o nexo de causalidade, sem, contudo, exigir a presença do dolo. Da mesma forma, são levadas em consideração as circunstâncias próprias do fato para que a pena aplicada seja a mais justa possível.

Visto como um sistema de garantias, o ordenamento jurídico-penal se projeta com uma forma de proteção ao réu frente ao Estado executor, sendo uma construção ideológica derivada de anos de desenvolvimento da dogmática penal, impossível de ser comparado com o sistema administrativo sancionador, ainda embrionário se comparado com as outras facetas do Direito.

A disciplina com que é tratado o processo penal e a observância dos direitos do réu são determinantes para que o Estado execute o seu direito de punir, pois quaisquer equívocos do juiz ou do Ministério Público interrompem ou deslegitimam tal anseio, não sendo irrazoável que o mesmo cuidado seja utilizado pela Administração quando for necessário o uso de sanção.

Alguns princípios, tais como o da lesividade, da *ultima ratio* e da retroatividade da lei, apenas contornam o direito administrativo, sem adentrá-lo a ponto de ocupar o mesmo patamar daqueles que norteiam a atividade administrativa estatal (eficiência, moralidade, impessoalidade etc.), mostrando uma preocupação excessiva do legislador com a externalidade dos atos praticados pela Administração, sem necessariamente se importar com os efeitos individuais causados àqueles que com ela se relacionam.

Como condicionantes da própria aplicação de sanção pelo Estado, os processos penal e administrativo disciplinar encontram similitude quanto ao meio de exercício do direito material, razão pela qual, tal qual o direito material, devem ter uma construção simétrica, que permita uma aproximação cada vez maior entre esses dois meios jurisdicionais.

A Constituição Federal de 1988 deu o primeiro passo nesse sentido ao exigir a observância ao devido processo nos âmbitos administrativo e judicial, cabendo ao legislador infraconstitucional, à doutrina e à jurisprudência persistirem nesse caminho. Alguns doutrinadores já demonstram essa preocupação, como é o caso de Izaías Dantas Freitas (1999, p. 121), que considera que “os princípios reitores do Direito Processual Penal, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, o da verdade real, o da publicidade e o da economia processual, são aplicáveis ao Direito Administrativo Disciplinar.”

Os institutos e regras que norteiam a atividade jurisdicional não são singulares, incabíveis em determinados âmbitos, e sim flexíveis para solidificarem a aplicação do Direito, razão pela qual se deve buscar dinamizar o processo e evitar ao máximo a perda de direitos, que se intensifica na seara penal. Com a integralização da via penal – processo e direito material – ao sistema jurisdicional administrativo, evita-se a abstração das decisões administrativas e impossibilita a intercorrência de processos em âmbitos jurisdicionais distintos, capazes de gerar a incidência de dupla punição.

Para Fábio Medina Osório (2011, p. 147), “(...) um dos grandes desafios contemporâneos é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades – administrativa e judiciária –, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas”.

A intenção é justamente reunir o que os dois âmbitos têm de positivo: busca-se utilizar o sistema de proteção penal e as garantias de devido processo legal alinhados ao modelo de processo penal, de forma a aplicá-los ao processo administrativo sancionador, na intenção de torná-lo bem estruturado e capaz de responsabilizar-se pelas matérias que sempre lhe pertenceram, sem que subsistam reflexos no campo penal, que, como visto, é capaz de constituir *bis in idem*.

Em relação ao Direito Penal, os princípios limitadores do direito estatal de punir encontram aplicação também no Direito Administrativo Sancionador, pois, em se tratando de dubio interesse sancionatório, em dubiedade se demarca o poder do Estado, em todas as funções por ele exercida. Nesse sentido, afirma Edilson Pereira Nobre Júnior:

(...) não é despidendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas. Fincado esse remate, resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração. Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 130).

O princípio da legalidade, enquanto condicionante da atividade legislativa, encontra respaldo no sistema administrativo e traduz-se em verdadeiro fundamento da segurança jurídica, pois visa proteger o cidadão de qualquer arbitrariedade e excesso de poder punitivo (CONDE; ARÁN, 1991, p. 74) estatal, compreendendo nesse sentido a função administrativa,



dado que exige que os preceitos voltados à aplicação de sanção sejam congruentes, precisos e sem ambiguidade.

Já o princípio da culpabilidade adquire força no âmbito administrativo por impedir que da ocorrência do resultado ocorra naturalmente aplicações de sanção (responsabilidade objetiva), exigindo, para tanto, requisitos que tornem o indivíduo administrativamente responsável, como, por exemplo, a exigibilidade da conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, no que se refere ao direito administrativo sancionador, além de determinar a compatibilidade da sanção à conduta praticada, exige moderação para infrações de menor potencial ofensivo (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 130). Essa determinação é vista de forma extensiva, atingindo os administradores, pois, de acordo com Bitencourt (2014, p. 67), “todos representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais”.

Em relação ao processo, várias medidas aplicadas à instrução penal são plausíveis no sistema administrativo. Além do *ne bis in idem* processual e o devido processo legal, já mencionados, podem ser determinantes no aspecto qualitativo da instrução administrativa sancionatória a inadmissibilidade de tribunal de exceção; o oferecimento de recursos para uma comissão própria, seguindo o modelo de instâncias dos Tribunais; a isonomia processual; a publicidade dos atos decisórios e o processo acusatório.

A Constituição Federal consagra o princípio do juiz natural e explicita a inadmissibilidade de tribunal de exceção em seu art. 5º, XXXVII (BRASIL, 1988). Trata-se de uma garantia fundamental aplicável a todos os meios jurisdicionais que preconiza a existência de um juízo anterior ao fato dotado de legitimidade para sua apuração, razão pela qual toda e qualquer contrariedade a essa disposição deve ser declarada inconstitucional.

No sistema processual administrativo, no entanto, encontram-se diversas ofensas a esse ditame constitucional. A Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), por exemplo, que dispõe sobre o processo administrativo disciplinar, prevê em seu art. 151, inciso I, que a comissão processante é constituída depois da existência do fato tido como infração funcional. Uma evidente contradição ao dispositivo constitucional que, no entanto, foi respaldada pelo Supremo Tribunal Federal.

A publicidade, por sua vez, é respeitada parcialmente no âmbito administrativo. Ao contrário do processo judicial, é pacífico o entendimento de que os atos processuais no sistema administrativo disciplinar só poderão ser acessados em sua integralidade com o proferimento da decisão, ou seja, é inadmitido o acesso aos autos do processo na fase de instrução, o que impede o conhecimento geral dos possíveis vícios daquela fase, além de não se tornar evidente a condução do processo pelo administrador competente.

Em relação ao proferimento da decisão, impende observar a necessidade de se criar uma comissão julgadora imparcial que se destine a todos os tipos de matéria, não se limitando aos processos administrativos disciplinares, o que fomenta a amplitude das análises técnicas e a precisão das decisões.

Atualmente, conforme sustenta Giovanni Leone (1961, p. 16), o processo penal tem por finalidade a atuação do poder jurisdicional, sendo que a intervenção deste poder está condicionada ao exercício da ação e se desenvolve e se conclui com a participação de três sujeitos na dinâmica processual: autor, juiz e réu. O processo administrativo, por sua vez, não possui uma delimitação precisa da atividade jurisdicional, principalmente no que tange aos sujeitos da relação processual. A autonomia da Administração lhe permite gerir atos processuais sem que existam órgãos autônomos com capacidade decisória. A relação processual administrativa, portanto, não obedece ao sistema trigonal, característico do sistema processual penal, voltado à imparcialidade do órgão julgador e à delimitação de funções, o que contamina o processo e torna a decisão repleta de vícios.

Em relação ao sistema acusatório no processo administrativo disciplinar, sustenta Antônio Carlos Alencar Carvalho que:

(...) não se tem admitido que quem tomou parte das investigações e exarou um juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do sindicado, considerando patentes a autoria e materialidade de infração administrativa, venha depois compor a comissão que irá conduzir o processo administrativo disciplinar, porque teria vulneradas sua isenção e plena independência/imparcialidade (art. 150, caput, L. 8.112/90), requisitos indispensáveis dos componentes do trio instrutor e acusador. (CARVALHO, 2007).

Percebe-se uma preocupação em aproximar o PAD do processo penal acusatório, em que são delimitadas as funções das partes e orquestrado um meio de afastar o contato do juiz que exercerá a função de julgar com as provas produzidas na fase de investigação. Entende-se, em consonância com o posicionamento do autor, que mesmo que a função da comissão

seja processar e jogar de acordo com os interesses da Administração, pode-se muito bem criar uma estrutura que possibilite o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a imparcialidade em todos os sistemas jurisdicionais, pois a preservação das garantias individuais não se prende ao Poder Judiciário.

É inegável a importância dessa abrangência do sistema acusatório aos processos administrativos disciplinares, mas seria ainda mais significativa se houvesse uma extensão desse sistema ao processo administrativo sancionador em sentido amplo, ou seja, aquele que engloba tanto os processos voltados à aplicação de sanção aos funcionários públicos, quanto aos processos que visam punir atos cometidos por particulares, como, por exemplo, em infrações tributárias.

Por serem utilizados pela jurisdição para a realização do direito material vigente, os processos das vias penal e administrativa – e todas as demais – devem ser norteados pelos mesmos princípios (princípios gerais) além das especificidades adaptáveis conforme a mudança da sociedade. Com o expansionismo penal, característica da contemporaneidade, que cria um aumento dos tipos penais e tornam a delimitação entre o direito penal e o direito administrativo volátil, deve-se encontrar meios de lhes aproximar. Nesse sentido, afirma Roque Jerônimo:

“Os princípios básicos norteadores do processo administrativo são, portanto, os que orientam os processos judiciais. Os princípios que regem o processo administrativo versando sobre uma controvérsia, são aqueles que orientam o processo civil, quanto ao processo administrativo disciplinar, guarda relação com os princípios que fundamentam o processo penal. A teoria geral do processo administrativo disciplinar deve ser construída inspirando-se nos princípios norteadores do processo penal, em face da similitude existente entre estas duas espécies processuais. Ambos visam à apuração de fato que, se comprovados, resultam na aplicação de pena.” (ANDRADE, 2019).

## 8. CONCLUSÃO

Com base nas elucidações referentes ao processo, viu-se que a aproximação entre os ramos é possível graças à generalidade de institutos constitucionais que dinamizam a realização do procedimento em contraditório e graças à aplicação de um sistema de garantias individuais capaz de nortear as relações processuais administrativas, qual seja o processo penal.

Também restou elucidado que o punitivismo contribui para uma abstração da norma penal, gerando o expansionismo penal, que tem por consequência a administrativização do direito penal, fenômeno que pode ser combatido com o aprimoramento das vias jurisdicionais existentes.

Viu-se que o sistema administrativo, embora não tenha a estrutura do sistema penal, pode passar por uma reformulação e se tornar um instrumento capaz de afastar a utilização do meio judicial penal, seja pela delimitação dos bens jurídicos que possui ou pela eficácia de sua aplicação. Vários fatores contribuem para a existência de uma zona de penumbra entre o ramo administrativo e o penal, razão pela qual as medidas de adequação devem passar pelos meios legislativo e jurisdicional.

Realizadas essas adaptações, respeitados os pressupostos necessários para a aplicação de sanção e compatibilizada a norma penal à administrativa, tem-se indícios suficientes para concluir que de fato a aproximação é uma medida plausível, pois aprimorará toda a estrutura do Direito e impedirá aplicação descompromissada das normas existentes.

A via administrativa deixaria de ser um instrumento de exercício arbitrário do Poder Público e passaria a garantir os direitos individuais daqueles que estão sujeitos à sanção. Além disso, o aprimoramento passaria a externalizar o êxito do campo administrativo, capaz de moldar a consciência dos indivíduos em relação à potencialidade das decisões, não mais se legitimando a adoção extrema à via do Direito penal.

## 9. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roque Jerônimo. O Processo Administrativo e o Princípio Constitucional de Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/teses/Roque%20Jeronimo.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a Criminologia (e qual a Criminologia) é importante no ensino jurídico?. 18 mar. de 2008. Disponível em: <[www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1168](http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1168)>. Acesso em: 29 jan. de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva: 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 115 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 22.258/DF. Relator: Min. OG Fernandes. 22 fev. 2017. Diário do Judiciário Eletrônico, 2 mar. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575460&num\\_registro=201503023630&data=20170302&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575460&num_registro=201503023630&data=20170302&formato=PDF)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 45.182/MS. Relator: Min. OG Fernandes. 22 set. 2015. Diário do Judiciário Eletrônico, 5 out. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1446042&num\_registro=201400581385&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.929-0/RJ. Relator: Cezar Peluso, 16 dez. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 27 fev. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78900>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20.992-2/DF. Relator: Min. Celso de Mello. 21 mar. 1990. Diário da Justiça, Brasília 25 mai. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85397>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 31.207/DF. Relator: Dias Toffoli. 18 dez. 2012. Diário do Judiciário Eletrônico, 25 fev. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4213595>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 434.059/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. 7 mai. 2008b. Diário do Judiciário Eletrônico, Brasília, 11 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 5, de 7 de maio de 2008a. Diário do Judiciário Eletrônico, Brasília, 16 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10344/o-principio-da-imparcialidade-no-processo-administrativo-disciplinar-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores-e-regionais-federais>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. Lecciones de Derecho Penal. Sevilla: Tirant Lo Blanch, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz. Introducció al Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.colider.mt.gov.br/Transparencia/fotos\\_downloads/14384.pdf](http://www.colider.mt.gov.br/Transparencia/fotos_downloads/14384.pdf)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

DE CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de Castro. Direito Administrativo Sancionador: Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/381/315>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Iago Oliveira. A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p. 149-188, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001067034>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141, p.119-128, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/455>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

GUARDIA, G. E. R. S. (2014). Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 773-793, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Safe. 2008.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8. p. 41-51, out./dez. 1994. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1994;1000492747>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

HASSEMER, Winfried. Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: ESMP, 1993.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEONE, Giovanni. Trattado di Diritto Processuale Penale. Napoli: Jovene, 1961.

LUHMAN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MASCARENHAS, Marcella Alves. O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno. Revista de Direito da Unigranrio, Duque de Caxias, vol. 2. n. 2. dez. 2009. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/issue/view/58>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22. p. 25-57, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜLLER, Frederich. Quem é o povo?. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2000.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>>. Acesso 31 mai. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.



RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável, em Supremacia do Interesse Público, obra colet., Atlas, 2010, p. 115.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 136, p. 189-222, out./dez. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>>. Disponível em: 18 mai. 2019.

ROXIN, Claus. Derecho penal – Fundamentos: La estructura de lateoría del delito. Tradução de Diego-Emanuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método. 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVEIRA, Sandra Caldas F. da et al. Sanções Administrativas: Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico. Caderno de Logística, v. 1, set. 2015. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador. 2008. 569f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. Disponível em: <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 1997.

VARGAS, José Cirilo de. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZANOBINI, Guido. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. Milano: Dott A. Giffré Editore, 1958.