

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio ne bis in idem na seara extrapenal sancionadora disciplinar

The functional design of legal assets for the unification of the effects of the ne bis in idem principle beyond the criminal area to include the disciplinary sanctioning right

Sandro Lúcio Dezan*

Universidade Vila Velha (Brasil)
sandro.dezan@gmail.com

Henrique Geaquinto Herkenhoff**

Universidade Vila Velha (Brasil)
henriquegh@gmail.com

Como citar este artigo/*How to cite this article*: DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio ne bis in idem na seara extrapenal sancionadora disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 125-152, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1038.

- * Professor no Curso de Direito da Universidade Vila Velha – UVV (Vila Velha-ES, Brasil). Professor Convidado no Mestrado em Ciências Policiais, do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSP (Portugal). Professor do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior da Polícia Federal (Escola de Governo – Brasil). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho) (Braga, Portugal), onde, também, atua como Investigador Integrado (Professor Visitante) do Centro de Justiça e Governação (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia. *E-mail*: sandro.dezan@gmail.com.
- ** Professor na Graduação em Direito da Universidade Vila Velha – UVV (Vila Velha-ES, Brasil). Professor no Mestrado Profissional em Segurança Pública, da Universidade Vila Velha – UVV (Vila Velha-ES, Brasil). Doutor em Direito Civil (USP, 2011). Especialização (Pós-Graduação *Lato Sensu*) em Direito do Estado. Especialização (Pós-Graduação *Lato Sensu*) em Direito Penal e Processual Penal. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). Tem experiência na área de Direito e de Administração Pública, havendo atuado como Professor de Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, Procurador de diversos órgãos públicos, Membro do Ministério Público Federal em 1ª e 2ª Instância, Desembargador Federal do TRF3 e Secretário de Estado da Segurança Pública do Espírito Santo. Atualmente é advogado. *E-mail*: henriquegh@gmail.com.

Recebido/Received: 06.10.2018 / October 6th, 2018

Aprovado/Approved: 27.06.2019 / June 27th, 2019

Resumo: O presente artigo busca investigar a inter-relação complexa entre duas espécies de ramos punitivos do Estado, o direito penal e o direito administrativo disciplinar, especificamente acerca dos efeitos do princípio *ne bis in idem*, sentidos por esses ramos jurídicos. Por meio do método hipotético-dedutivo, a dialogar com a doutrina nacional e estrangeira, há de se indagar se o referido princípio jurídico possui efetividade extrassistêmica, para abarcar outros ramos epistemológicos do direito sancionador geral do Estado. Nesse contexto, concluir-se-á que as noções de legalidade e de tipicidade são necessariamente moldadas pelo *fin* e pela *função* impostas pelos bens jurídicos dependentes de proteção em cada face punitiva estatal. Com isso, ramos distintos requerem, com exclusividade, tipicidades protetivas de objetos jurídicos também distintos, obstativas, por obra do próprio legislador, de ocorrências de mais de uma punição pelo mesmo fato gerador.

Palavras-chave: Direito punitivo geral do Estado. Direito penal. Direito administrativo disciplinar. Bens e objetos jurídicos. Legalidade e tipicidade.

Abstract: This article investigates the complex interrelationship between two species of punitive branches of the State, criminal law and administrative disciplinary law, specifically about the effects of the principle *ne bis in idem*, felt by these legal branches. By means of the hypothetical-deductive method, to dialogue with national and foreign doctrine, it will be necessary to inquire whether this juridical principle has assistance effectiveness, to include other epistemological branches of the general sanctioning law of the State. In this context, it will be concluded that the notions of legality and typicality are necessarily shaped by the purpose and function imposed by the legal assets dependent on protection in each punitive state face. With this, separate branches require, exclusively, protective types of legal objects that are also distinct, obstructive, by the legislator himself, of occurrences of more than one punishment for the same generating fact.

Keywords: General punitive law of the State. Criminal law. Disciplinary administrative rights. Legal objects and objects; Legality and typicality.

Sumário: Introdução – **1** A relação da resposta punitiva do Estado com a legalidade e a tipicidade – **2** O propósito teleológico e a finalidade do *ne bis in idem* – **3** O critério do bem jurídico à luz da tipicidade legal taxativa como decisivo para a aferição da identidade de ilícitos na ordem jurídica sancionadora – Considerações finais – Referências

Introdução

O presente artigo parte da premissa de que ao direito administrativo disciplinar – e isso se estende a todos os ramos do direito sancionador –, a exemplo do que ocorre com o direito penal, também se lhe apresenta a *função de proteção de bens jurídicos*.⁷² Sob esse vértice, suscita o equívoco dos fundamentos lançados

⁷² Anote-se, inicialmente que no presente texto não se ignoram os estudos de dogmática jurídico-penal que refutam a concepção de crime como “lesão a um bem jurídico” e lhe atribuem o sentido de “lesão à vigência da norma”, a possuir a pena a coercibilidade, em caráter de prevenção geral positiva, todavia, com a função, assim, de manter a vigência da norma (cf. JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997). Sobre o tema, conferir também: GUIRAO, Rafael Alcácer. Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, n. 4, p. 511-555, out./dez. 2005.

pela comunidade jurídica na defesa do entendimento de validade para as normas punitivas *de direito penal e de direito disciplinar* incidentes sobre um mesmo fato gerador, ou seja, quando sejam elas, as estipulações legais punitivas, dotadas de tipicidades (legalidades) *sobrepostas* para a proteção de um mesmo *objeto jurídico*.⁷³ Com efeito, a epistemologia do direito vale-se do dogma do *império da lei*, aplicado à defesa de validade desse vértice do fenômeno *bis in idem*.

Em razão desse formalismo jurídico que tende a suplantar a concepção de justiça, o esforço será aqui vertido em demonstrar uma face substancial do direito, a ressaltar não somente a identidade ontológica entre as diversas concepções de ilícitos, mas, também, dar relevo ao fato de que os ilícitos prescritos no direito penal e no direito administrativo disciplinar são dotados de funcionalidades específicas e autônomas, *função de proteção de bens jurídicos independentes*. À vista dessa premissa, fazem-se imprescindíveis estipulações de tipicidades normativas que se restrinjam aos limites de suas esferas funcionais de proteção, fundamental e teleologicamente adstritas aos interesses constitucionais e legais de cada ramo sancionador-punitivo do Estado.

A *legalidade formal* necessariamente dever ser orientada pela *legalidade substancial*, da qual a *função* dos institutos jurídicos faz-se espectro de correção de eficácia e de efetividade da ordem pública, com um viés de concreção da justiça punitiva à luz da teoria dos direitos fundamentais. Ou seja, se o direito penal e o direito administrativo disciplinar possuem *funções protetivas distintas*, não há de haver *sobreproteção de objetos jurídicos* por uma e por outra espécie de normas de direito sancionador público, sob pena de ofensa material ao princípio *ne bis in idem*.

Nessas balizas, o *objeto* ao qual nos detemos à pesquisa incide, em linhas gerais, sobre o *tema* tributado ao estudo do *alcance extrapenal do princípio ne bis in idem*, delimitado pela óptica de análise da validade da aplicação de sanções jurídicas, mormente da sanção penal, e da sua repercussão no direito disciplinar, e, em sentido inverso, da sanção disciplinar a repercutir em sede criminal.

Diante do panorama do reconhecimento – em que pese a ainda tímido – de intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, a ganhar realce inicialmente nos tribunais europeus – o que tende a se estender, mais dia, menos dia, aos tribunais brasileiros –, a pesquisa se faz relevante ao estudar, por via da função dos objetos jurídicos protegidos pelas normas punitivas, (i) a

⁷³ Para os propósitos da investigação, fazemos a distinção entre *bem jurídico* e *objeto jurídico*, em que o primeiro corresponde ao *valor* identificado e eleito como digno de proteção jurídico-normativa, ao passo que o segundo refere-se à *extensão de proteção* dada pela norma jurídica a esse valor. Nesse sentido, ao referirmo-nos à expressão *identidade de bens jurídicos* (ou expressão de sentido semelhante, a indicar o bem jurídico como parâmetro para a identidade do elemento factual do *bis in idem*, numa concepção de unidade de fatos) sem qualquer outra complementação ou advertência, estar-nos-emos a reportar ao *objeto jurídico*, à objetividade jurídica da norma protetiva, delimitador do bem jurídico, pela tipificação legal.

extensão da *estrutura elementar dos tipos sancionadores* no direito penal e no direito administrativo disciplinar, (ii) a *ontologia* e (iii) a *epistemologia* de objetos jurídicos protegidos pelas tipificações legais, para abarcar a noção jurídica de “mesmos fatos” e de seus requisitos para o reconhecimento da invalidade do duplo efeito normativo resultantes de sanções autônomas nessas searas do direito.

1 A relação da resposta punitiva do Estado com a legalidade e a tipicidade

A partir da concepção de tipicidade e de legalidade a eleger quase que livremente a que se deve dedicar o direito e, à vista disso, a deferir tutela aos bens protegidos pelas diversas ordens jurídico-normativas, com base no reconhecimento de uma inevitável tensão entre direito-texto e direito-justo e entre positivismo e idealismo, a acirrar o liame conflituoso entre a *liberdade de legislar* e a *adequação no legislar*, inicia-se a investigação, para as conclusões sobre o alcance dos efeitos do princípio *ne bis in idem* e de sua incidência no direito penal e no direito administrativo disciplinar.⁷⁴ Aqui, a legalidade e o seu corolário efeito de tipicidade, *tatbestand* do direito alemão e *fattispecie* do direito italiano, concorrem para a compreensão dos matizes jurídicos extrapenais do *ne bis in idem*, especificamente que interessam ao direito administrativo disciplinar e que lhe dão lastro de juridicidade.

Partindo da premissa de que o direito penal e o direito administrativo disciplinar pertencem, conforme usualmente tratado no Brasil, ao direito punitivo universal (que, v.g., em Portugal, corresponde ao direito sancionatório público), como sub-ramos a compartilharem os mesmos princípios gerais, o estudo desenvolvido abarca, destarte, um enfoque primeiramente de cariz axiológico e, sem embargo, ontológico, com vistas a questionar a essência da categoria jurídica denominada *ilícito*, mormente pela óptica dos objetos jurídicos protegidos pela tipificação legal. Assim, também se questiona a identidade suplantadora da distinção das naturezas jurídicas dos

⁷⁴ Neste ponto, importante anotar que utilizamos – como comumente se utiliza no direito brasileiro – a expressão (i) *direito administrativo disciplinar* e não somente (ii) *direito disciplinar*, e assim o fazemos para a distinção entre o regime regulatório disciplinar dos agentes públicos brasileiros e o regime disciplinar de caráter penal-administrativo (direito disciplinar penitenciário), referente ao estatuto brasileiro que trata da disciplina do indivíduo submetido à pena de prisão, como efeito da sentença penal condenatória, Lei nº 7.210/84 (LEP – Lei de Execução Penal). O primeiro marco regulatório encontra-se aplicado ao controle das condutas e da disciplina dos agentes públicos estatais, ao passo que o segundo regime normativo, ao controle das condutas e da disciplina dos condenados penais, submetidos a regime de prisão por meio de reclusão e de detenção, ou mesmo de prisão simples. Ressalte-se que em Portugal a expressão usual é *direito disciplinar* e, como sub-ramo dele, há o *direito disciplinar dos funcionários públicos* e o *direito disciplinar comum*. Este último resulta das leis laborais, aplicáveis a qualquer trabalhador, que não seja funcionário do Estado e que, todavia, realize um ilícito disciplinar passível de pena disciplinar. No Brasil, como dito, não se fala em direito (administrativo) disciplinar para os trabalhadores que não sejam funcionários públicos, mas tão somente em direito do trabalho, com penas consequentes da relação de trabalho e emprego, mormente conforme a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Decreto-Lei nº 5.452/43.

ilícitos definidos no ordenamento prescritivo penal e no ordenamento regulador administrativo disciplinar, na medida em que o conceito de *ilícito* se afigura como categoria jurídica a permear os vários ramos normativos sancionadores do Estado. *Disso decorrente, questiona-se ainda a legitimidade atribuída pelo princípio da legalidade à repercussão do fato-base em mais de um regime jurídico.*

Há de se reconhecer essa tensão quase tendente ao antagonismo entre legalidade e justiça, ou, por outras palavras, entre lei e direito, na medida em que, por força das positavações normativas estatais na busca da materialização legal de infrações, definem-se preceitos primários e preceitos secundários indistintamente nos ramos dos direitos penal e disciplinar, cujos resultados, por *ofensa a ordens distintas de valores*, desencadeiam, também, *sanções independentes*, malgrado fundamentadas, assim como seus prescritores proibitivos, em um mesmo acontecimento, realizado em razão de uma única conduta do sujeito ativo da infração.

No caso em que ora nos detemos, o agente público, na maioria das ocasiões e em face de sua *especial relação de sujeição*, ao cometer um ilícito *interna corporis*, de natureza administrativa disciplinar, também comete um ilícito penal, um crime, e, assim, a sua única conduta inicialmente de ordem ofensiva interna passa a abarcar, simultaneamente, ofensa à ordem normativa geral, criminal. Note-se que, involuntariamente e por imposição legal, o agente público, na maioria dos casos, concorre para responder e, se for o caso, para ser responsabilizado em dois universos sancionatórios distintos, porém comunicáveis entre si, para a *aceitação* da dupla punição por uma mesma conduta. Dão-se dois processos, um criminal e outro administrativo, ambos tendentes à aplicação de sanções distintas. Resta ao agente, constatadas a autoria e a materialidade, assim como a culpabilidade, a responsabilização dupla e a dupla punição, todavia, decorrentes de ordens normativas distintas. O princípio da legalidade *valida* dois *devidos processos legais*, a manipular distintos preceitos legais de tipicidade ilícita, com possibilidade de punições e mesmo de decisões antagônicas, todavia, possuindo como fundamento um mesmo fato.

Dessas questões surgem objeções sobre a justiça do sistema punitivo e, destarte, imperioso se faz a aferição desse mote de *legalidade suplantadora* das arestas de eventuais injustiças por excesso de sanções. Tem-se aí, com todas as *letras*, a *legalização da injustiça punitiva estatal*, em uma confusão entre *validade* e *justiça*, com vistas a dar um falso *ar* de *medida justa* às sanções estatais, pelo fato de se encontrarem previstas em lei. Entretanto, há de se questionar se a lei possui essencialmente esse condão legitimador de apenamentos se, e somente se, dentro de uma concepção de *lógica do razoável e do proporcional*, justificável pela relação especial de sujeição e pela ofensa a bens jurídicos distintos. A essas

questões serão, paulatinamente, dadas chaves de resposta no desenvolver da pesquisa, todavia a deixar, por ora, apenas um início de reflexão.

No âmbito do direito punitivo geral, quadra o princípio *ne bis in idem* figurativo de uma das mais importantes balizas epistemológicas modulativas do direito positivo, a forçar uma espécie de ajustamento ou de contenção dos poderes persecutório (processo) e punitivo (aplicação da sanção) do Estado. Refreiam-se o *jus perseguendi* e o *jus puniendi* do Estado-sancionador nas exatas fronteiras de efeitos de *ne bis in idem*.

O processo e a sanção se veem confinados aos limites da definição do conceito da proibição de mais de uma reprimenda por um único fato-base, a identificar-se, nesses moldes, sensivelmente contraposto ao princípio da legalidade: a capacidade de a lei proibir determinado agir ou omitir-se, sob manto da substantividade do princípio da legalidade, encontra barreira nas faces normativas do princípio *ne bis in idem*, a forjar a necessidade da lei proibitiva – *nullum illicitum vel nulla sanctio iuris sine lege necessariae*.⁷⁵

Anote-se que por fato-base há de se entender o fato jurídico relevante para o desenvolvimento do processo e da sanção, não assentido simétrico ao fato social ou fato da vida em si. O conceito carece de detida investigação fenomenológica de seus contornos. A compreensão de *mesmo fato* requer do intérprete e aplicador do direito a análise do radical originário dos acontecimentos que provocaram as repercussões jurídicas em mais de uma instância do direito.

Nesse *atuar* se lançam mãos de normas principiológicas fundantes e originárias. Em conjunto com outros princípios de direito aqui denominados *princípios fundamentais*, cujas posições topográficas positivas qualificam-se por meio da Constituição do Estado, de modo ao menos implícito ao texto constitucional (ou ao bloco de texto constitucional), o princípio *ne bis in idem* transita pelos diversos ramos normativos sancionadores, para irradiar reflexos jurídicos de contenção e de construção estatal, do Estado-legislador, do Estado-juiz e do Estado-administração.

Há de se considerar que o *ne bis in idem* aufere a sua razão de ser, instrumental de controle e de contenção, do princípio da legalidade (ao mesmo tempo em que se sustenta no princípio da legalidade, o princípio *ne bis in idem* dita o seu alcance), na medida em que delinea o vértice do exercício de juízo de valor concernente à validade do direito-posto, do direito-lei, a mirar a legalidade como princípio, quando este se valha de um único fato para dar repercussões jurídicas a mais de uma sanção, com caráter punitivo do agente infrator.

⁷⁵ FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A lei pode trazer em seu bojo a previsão de mais de uma sanção para o mesmo fato, porém se submete à aceitação de validade de seus termos aos contornos do conteúdo jurídico do princípio *ne bis in idem*, sob a óptica, *exempli gratia*, da necessidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e, mormente, da dignidade da pessoa humana – estas ópticas, conjugadas, compõem a função dos tipos e dos objetos jurídicos protegidos pelas normas punitivas. Logo, o cerne de todo o debate está na assertiva de que subsistemas sancionadores distintos, cujas normas protegem a mesma objetividade jurídica, são incompatíveis com mais de uma sanção para o mesmo fato, ou seja, duas tipificações para um único objeto jurídico protegido infirmam o *ne bis in idem*.

1.1 A tensão entre a *autonomia da lei* e a *adequação da lei* de direito sancionador geral e o devido processo legal

Em temas de lógica relacionada à justiça do direito, ou de justiça lógica pelas mãos do direito, em que se aferem vetores antagônicos entre lei e justiça, o princípio *ne bis in idem* pode ser tido como um *standard* do direito sancionador geral do Estado, conquanto um dos fundamentos do direito penal moderno. Como já assinalado por Mário Ferreira Monte,⁷⁶ o instituto requer que a ordem jurídica produza normas punitivas adequadas ao *senso de justiça* que permeia o coletivo social, o que, a nosso sentir para o tema em relevo, há de dar-se mais aprioristicamente, sob um método de revisão contínuo do direito-texto, por labor da jurisprudência, orientados, ambos, texto e norma, pelo princípio da legalidade à luz de um caráter sistêmico-normativo.⁷⁷ É patente que o legislador, ao conceber determinado sistema de normas ou mesmo uma lei em especial, assim o faz com certa autonomia, mas, essa liberdade de normatização nomeadamente não se perfaz absoluta, encontrando barreiras fáticas no próprio evoluir jurisprudencial (em cotejo com o evoluir sociocultural)⁷⁸ e, sem embargo, em valores pré-jurídicos, a exemplo dos de ordem moral e ainda dos de ordem lógica.

Cediço que o legislador pode identificar, ao tempo da elaboração do texto de lei, as faces do direito que, em melhor medida, coadunam-se com a justiça jurídica valorada pelo coletivo social. Sem embargo, a evolução de concepções dos valores coletivos de determinada sociedade e a imprevisível e incontrolável mutação de sentidos dada a fatos e a vocábulos do léxico idiomático dificultam a manutenção

⁷⁶ MONTE, Mário Ferreira. *O direito penal europeu: de “Roma” a “Lisboa”* – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 103.

⁷⁷ Cf. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I. p. 178-187.

⁷⁸ GADAMER, Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002. v. II.

de normas, mormente as punitivas – que se portam a ressentirem-se de um lastro cada vez maior de garantia –, requerendo incessante atuação jurisdicional e, do mesmo modo, *decisional administrativa*, corretivo-atualizadoras, em nítida tarefa de formação preconceitual do direito, à vista da tradição do conhecimento jurídico dogmático e à luz de um conteúdo axiológico.⁷⁹

Com efeito, *legalidade* e *tipicidade*, representativas do *bem jurídico* (e de sua delimitação tipicizada em objeto jurídico) e da *adequada eleição e atribuição* ao sub-ramo punitivo estatal, vinculadas ao sentido *tradicional* de segurança jurídica, de certeza e de justiça do direito, são predisposições indissociáveis para a sustentação da justiça e, por corolário, da injustiça sancionadora, por arbítrio e excesso do Estado, em razão do duplo binário responsabilizatório.

Nesse contexto, o *ne bis in idem* é percebido em meio a uma noção lógica dedicada ao reconhecimento de injustas punições, em decorrência de um fato já punido de acordo com o direito, o que também tende a direcionar os futuros provimentos jurisdicionais, em um nítido efeito prodrômico e autopoiético das decisões jurídicas.

A partir da premissa de que o direito como um todo – positivo e científico – tem em mira sempre a realização da justiça aplicada ao caso a ele submetido, há de se assentar que a autonomia legislativa de confecção de leis, como faceta a compor esse direito, o direito-texto positivo, deve-se abeberar em suas essências pré-fundamentais,⁸⁰ os valores apreensíveis pelo todo coletivo, harmonizados com o viés trilhado pela jurisprudência dominante. Nisso se delineará a resultante tanto do direito positivo, quanto, *a posteriori*, de sua interpretação.

A legalidade, como resultado constante desse processo, estende-se para o direito material sancionador e para o seu processo, assim considerado devido quando observar esses valores coletivos em seu bojo de normas procedimentais.

1.2 O princípio *ne bis in idem*, a sua a relação de legalidade e com o devido processo legal e a repercussão no direito administrativo disciplinar

A legalidade deve-se impor em seu aspecto estrito e taxativo, analítico das descrições do direito posto, a todo e qualquer ramo do direito punitivo, estatal ou mesmo particular, para se operar em harmonia com a certeza e a segurança jurídica, como pressupostos da justiça do direito e da dignidade da pessoa humana.

⁷⁹ GADAMER, Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002. v. I-II.

⁸⁰ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1967.

O fato descritivo da conduta faltosa depende, sobre todos os aspectos, da lei que venha a estipular o que o Estado-punitivo entende como proibido. A taxatividade, vertida em moldes de leis claras e suficientemente detalhadas, perfaz, como expressão de justiça penal,⁸¹ a linha mestra de condução de validade às prescrições criminais e, sem óbices, às administrativas estatutárias. Não basta que a lei preveja o ilícito nesses ramos epistemológicos, fazendo-se imperiosa a sua descrição pormenorizada, pois é a partir dessa descrição que se submete à análise o conceito de fatos relevantes para os diversos regimes jurídicos.

A lei tem dupla tarefa nesse momento, qual seja, a de ser taxativa no direito material e a de assim o ser também no direito processual, gerando a relação da legalidade material (a lei e a prescrição normativa) e da legalidade processual (a lei e a sua estipulação do processo) com o princípio *ne bis in idem*, na medida em que a modulação deontica entre preceito primário e preceito secundário, de modo único e taxativo, por si só, faz cumprir o papel repressor e retributivo sancionador da lei proibitiva.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência dos países ocidentais têm entendido que o princípio *ne bis in idem* é aferido de modo implícito do princípio da legalidade e da taxatividade (derivada formal da legalidade), *exempli gratia* da Espanha, ao referir-se ao art. 25.1 da Constituição.⁸² Reportam-se, doutrina e jurisprudência, à intrínseca correlação entre legalidade e seus princípios derivados, a exemplo da taxatividade da lei, e o princípio *ne bis in idem*, em que, do primeiro se infere, necessariamente, o segundo princípio de garantia contra sanções injustas.^{83 84}

⁸¹ MONTE, Mário Ferreira. *O direito penal europeu: de "Roma" a "Lisboa"* – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 83 e ss.

⁸² “El principio de *non bis in idem* se encuentra estrechamente vinculado con los principios de legalidad y tipicidad, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional español en sentencia del 30 de enero de 1981. La doctrina española ha señalado que existía una referencia expresa al principio de *non bis in idem* en el artículo 9.3 del Anteproyecto de la Constitución, referencia que se excluyó por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas con la idea de trasladarla e incorporarla con posterioridad al actual artículo 25 C. E.; no obstante, tal incorporación no fue tenida en cuenta por el constituyente de 1978 (COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, 1982, pp. 214 y ss.; NIETO, 1994, p. 418; TORRES FERNÁNDEZ, 2000, p. 2). Pese a ello, la intencionalidad del legislador plasmada en los debates de la referida comisión fue uno de los argumentos principales para que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 2/1981, del 30 de enero, considerara que el principio de *non bis in idem* se encontraba constitucionalizado e incluido en el artículo 25 C. E., pronunciamiento que suponía la posibilidad de que tal principio fuera aplicado directamente por los tribunales y todos los poderes públicos, no requiriendo ninguna clase de desarrollo legislativo (GARBERÍ LLOBREGAT, 1997 p. 84)” (RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de *non bis in idem* como pilar fundamental del estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración. *Novum Jus*, v. 2, n. 1, p. 101-124, 2008. p. 105).

⁸³ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora. Los derechos fundamentales del inculcado en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Bosch, 2012. v. II.

⁸⁴ A Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC 2/1981, de 30.1.1981, assim expressa, a reconhecer o princípio *ne bis in idem* como parte integrante do direito fundamental à legalidade e à tipicidade do ilícito, em matéria penal e sancionadora: “[...] si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron

O *ne bis in idem*, no direito positivo brasileiro, assinala Guilherme de Souza Nucci, decorre de modo implícito de dois outros princípios de assento constitucional, quais sejam, o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CFb/88, ao tratar da legalidade penal, e do art. 5º, §2º, da CFb/88, ao estatuir cláusula de abertura constitucional, receptiva do art. 8º, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prescreve a “vedação de duplo processo pelo mesmo fato”. Esta última previsão refere-se diretamente ao caso julgado e à litispendência, ao passo que a primeira estipulação diz respeito ao sentido material da vedação de mais de uma punição pelo mesmo fato. Sem embargo, ambos os princípios (o princípio da legalidade e a vedação de duplo processo), quer previstos no texto original da Constituição, quer nele ingressando de forma posterior, por via da cláusula de abertura constitucional, encontram-se expressos no direito positivo brasileiro, por via da normatividade da Constituição.⁸⁵

A lei tipificadora é quem traz implícito o objeto jurídico tutelado pela norma que, deste modo, passa a compor, lei e tipicidade legal, um dos pilares para a aferição de se tratarem ou não de um mesmo fato como objeto de normas distintas.

Nesse contexto, há de se sopesar a relação de legalidade material, como expressão da lei e da prescrição normativa e a relação de legalidade processual, considerando a lei e a sua estipulação procedimental.

Para o primeiro caso, como visto, é a lei quem define o que é ilícito, tanto no direito penal, quanto nos demais ramos do direito punitivo estatal, e, no caso, no direito administrativo disciplinar. É ela quem faz a previsão, em cada regime jurídico específico, dos ilícitos pertinentes, e nesses termos, prevê as espécies de ilícitos penais e as espécies de ilícitos administrativos disciplinares. A repercussão do ilícito em mais de uma instância do direito, assim, compreende obra do legislador, que concebe normas tipificadoras nessas diversas ordens jurídicas, fundadas em um mesmo fato-base, de circunstâncias elementares idênticas ou semelhantes.

Para a relação de legalidade processual, a lei e a sua estipulação procedimental, os atos punitivos estatais somente devem ser levados a efeito após o devido processo legal, seguindo um rito procedimental capaz de deferir o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral.⁸⁶ Sobre o devido processo legal, este se

los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219-220.

⁸⁶ Para aprofundar estudos sobre a relação entre o devido processo legal, a legalidade procedimental, o contraditório e a ampla defesa em âmbito de procedimentos extrapenais, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961; CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964.

concede em princípio jurídico afeto aos mais modernos diplomas normativos, na maioria dos Estados Nacionais, e apresenta duplas faces, uma substantiva e outra formal, meramente procedimental.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 trouxe o preceptivo de que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CFb). Deste modo, no bojo da Administração Pública (sem embargo de sua observância por qualquer atividade estatal, por entes e órgãos, bem como por pessoas jurídicas de direito privado), qualquer ação do Estado deve estar pautada em procedimentos, ritos, princípios, normas e valores postos pelo ordenamento jurídico. Não há validade na aplicação de qualquer penalidade com inobservância do processo posto e prejudicial ao suposto acusado. E esse processo empregado tem que ser o *devido*, justo e garantidor da gama de direitos individuais (espectro material, substantivo), servindo, assim, como orientação ao legislador, para que

v. IV; CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. V. Suplemento; CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. Suplemento; COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004; COSTA, José Armando da. *Direito disciplinar: temas substantivos e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar*. Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962; CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. I; MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo, princípios constitucionais e a lei n. 9.784/99*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Na doutrina estrangeira, também segue omissão o tema: cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013; ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A teoria do ato e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015; CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1951; CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I; CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977; CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I; CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997; MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*. Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2009; MOURA, Paulo Veiga e. *Estatuto disciplinar dos trabalhadores da administração pública*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. Coleção Teses; SOUSA, Rui Correia de. *Lei geral do trabalho em funções públicas*. 1. ed. Porto: Vida Económica, 2014; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2012; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 16. ed. Madrid: Civitas, 2013. v. I; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013. v. II; GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora. Los derechos fundamentales del inculcado en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Bosch, 2012. v. II; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2014; BRAIBANT, Guy et alii. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 19. ed. Paris: Dallos, 2013; DORD, Olivier. *Droit de la fonction publique*. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2012. v. 1; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2013. v. 2; BENESSIANO, William. *Légalité pénale et droits fondamentaux*. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011; SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. XV ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989. v. 1-2.

visé à normatização de valores condizentes com a dignidade da pessoa humana e com seu atual estágio de evolução da sociedade.

Não obstante, no Brasil, com a previsão expressa desse princípio,⁸⁷ a Constituição de 1988 trouxe ao direito pátrio uma cláusula de *mutação constitucional*, pautada na via empírica, pelo agir não do poder reformador constituinte, mas sim do Poder Judiciário. Ampliaram-se seus efeitos normativos, abarcando não somente o aspecto processual, mas também o aspecto material, dando azo a uma aplicação pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, por força do atuar judicial e suas formulações (*judicial review*, da Suprema Corte norte-americana),⁸⁸ limitando, assim, o agir dos poderes Legislativo e Executivo, dentro de parâmetros do razoável, como valor de justiça.

Em sede de direito administrativo disciplinar se apresenta como de fundamental importância, em seus dois aspectos (formal e material), para a validade do ato final do processo, implicando ainda orientação ao legislador, com vista à não produção de normas desarrazoadas, desproporcionais e ofensoras dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo que se relaciona material e processualmente com o Estado-sancionador.

Verbi gratia, para a seara disciplinar, o devido processo legal formal é o espectro normativo afeto ao dever de observância, pelo Estado-administração, do disposto na lei, para a persecução disciplinar. Com efeito, deve aplicar na íntegra o *iter* procedimental prescrito no estatuto em seu regime jurídico, respeitando as fases postas e decidindo conforme dispuser a lei. A utilização de rito sumário, por exemplo, em casos em que a lei preveja o rito ordinário estatutário para a persecução, atrai violação do princípio em comento, não se permitindo a substituição da vontade geral do povo, materializada pelo parlamento, pela vontade do administrador público. Nessa linha, as autoridades atuantes nos procedimentos punitivos devem se prender ao rito disposto em lei. Não somente a utilização de rito diverso provoca tal ofensa ao princípio, como também a inversão de fases processuais, ou sua omissão ou realização de forma distinta da prevista em lei.⁸⁹

⁸⁷ A Constituição Federal brasileira consagra o devido processo legal, como direito fundamental, no art. 5º, LIV, asseverando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁸⁸ Geraldo Brindeiro ensina que “a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (construction) e baseando-se em critérios de razoabilidade (reasonableness), passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária (protection from arbitrary and unreasonable action). Estas são, em síntese, as razões do desenvolvimento da teoria do substantive due process” (BRINDEIRO, Geraldo. *O devido processo legal na Constituição de 1988 e o direito comparado*. Constituição Federal, 15 anos, mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 88).

⁸⁹ Ilustra a questão para o processo penal português, o que, entretanto, vale para todo e qualquer processo em sentido amplo a abarcar os processos administrativos, *e.g.*, brasileiros, a assertiva de Germano Marques da Silva, ao se preocupar com algumas reformas de leis penais portuguesas sobre a retirada de direitos fundamentais de arguidos submetidos ao processo sumário, ao afirmar que “a solenidade processual, quer no que respeita à intervenção do Tribunal, quer em matéria de competência para os recursos, depende da gravidade da pena aplicável e aplicada, aquela para efeito de fixação da competência

No entanto, eventual nulidade decorrente de sua inobservância deve ser alegada com a prévia demonstração do prejuízo experimentado pelo acusado, não servindo o simples desvio de forma para sustentar tal alegação de nulidade e de ofensa ao princípio em questão.

Por seu turno, o devido processo legal substantivo consubstancia-se, como afirmado, no dever de observância, pelo legislador infraconstitucional, de valores condizentes com a dignidade da pessoa humana, obstando a positivação de procedimentos e ritos, ou mesmo de categorias afetas ao direito material, ofensivas desse *status*, pois nem tudo o que está positivado, erigido à condição de norma, é, de fato, devido, justo, proporcional e razoável.

Deste modo, exprime o aspecto material do processo posto por lei, irradiando efeitos jurídicos que têm o condão de invalidar preceitos que ofendam os demais direitos e garantias fundamentais, a exemplo das tipificações disciplinares vagas, as quais ferem de pronto o devido processo legal material, exarando eiva, por exemplo, à segurança jurídica e ao princípio da legalidade.

No mesmo sentido de *filtro* para tipificações vagas, ambos os aspectos do devido processo legal têm o condão de inferir na proibição do *ne bis in idem*, na medida em que se prestam a materializar o pressuposto de direito material levado em seu bojo, qual seja, a sanção e os motivos da sanção. Deste modo, se reconhece ser inválida a instauração de novo processo quando já haja processo com os mesmos objetos da nova lide formal. O instituto da *litispêndencia* assim o opera, para a proibição de nova instauração por fatos já em apuração processual. Do mesmo modo, o aqui afirmado também se emprega para a coisa julgada, impedindo a instauração de novo processo para caso já definitivamente decidido, por meio de seu devido processo legal.

No direito administrativo disciplinar, essa aferição se opera sob a análise dos pressupostos processuais de validade, em juízo de valor a ser proferido pelas autoridades administrativas. Os pressupostos processuais disciplinares, para a formação da relação processual disciplinar, constituem os requisitos formais de admissibilidade do mérito das questões postas em processo administrativo. De suas características surge a noção de nulidade fundamental básica.

Considerando o conceito amplo de processo, dando a conotação de que este não é privatístico dos órgãos jurisdicionais, busca-se traçar um paralelo entre o *processo administrativo disciplinar*, a *teoria geral do ato administrativo* e a *teoria geral do processo* desenvolvida em sede de processo civil, uma vez que as normas

de um tribunal com composição mais solene –, e esta para efeito de recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça” (SILVA, Germano Marques da. Notas avulsas sobre as respostas de reforma das leis penais (Propostas de Lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 72, p. 521-543, abr./set. 2012. p. 539).

e os institutos lógicos – categorias jurídicas – desta última disciplina são aplicados implicitamente aos procedimentos da Administração Pública.

Com base nessa abordagem os pressupostos processuais reportam-se à teoria clássica *da existência, da nulidade e da anulabilidade dos atos administrativos*, refletindo efeitos no processo administrativo disciplinar. A nulidade absoluta refere-se aos pressupostos de existência e de validade do processo, ao passo que a nulidade relativa se reporta aos pressupostos de desenvolvimento regular do apuratório disciplinar.

Para a sua tratativa temática, importa-se da teoria do direito, amplamente estudada em direito processual civil, a essência dos estudos sobre os requisitos de existência, de validade e de desenvolvimento regular do processo, aplicando-a ao estudo da relação processual no processo administrativo disciplinar.

Conclui-se, portanto, que os pressupostos processuais, em que se insere a avaliação de ocorrência ou não de *bis in idem*, caracterizam a base da teoria das nulidades, aplicada ao direito administrativo disciplinar, que se modula ou passa a ser considerada a partir dos conceitos de pressupostos processuais, oriundos do processo civil e da teoria geral do processo e dos conceitos de existência, nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos, oriundos tanto do direito civil, como de sua transformação constante no direito administrativo geral. Com o auxílio da referida transposição e adaptação dos institutos que se aferem os pressupostos processuais de existência, de validade e de desenvolvimento regular do processo administrativo disciplinar.

Deste modo, constatados dois processos com as mesmas partes, as mesmas causas de pedir próxima e os mesmos pedidos de aplicação de sanção disciplinar, haverá litispendência e o procedimento instaurado em momento posterior deve ser anulado, em razão de nulidade do ato de instauração do processo, qual seja a portaria instauradora, em razão da não observância do *ne bis in idem*.

Acaso o processo que contenha as mesmas partes, os mesmos pedidos e as mesmas causas de pedir próxima já se tenha encerado com aplicação ou não da sanção, estar-se-á diante de caso julgado ou coisa julgada e, com efeito, a portaria inaugural do segundo processo deve ser anulada em razão de sua invalidade por também ofensa ao princípio ora em comento, o princípio do *ne bis in idem*.

No entanto, neste último caso, há de se acrescentar que a Administração pode e deve anular seus atos tidos como ofensores do ordenamento jurídico, atos ilegais ou inconstitucionais, mesmo no caso de integrantes de procedimentos administrativos já decididos e finalizados, posto o dever de restaurar a legalidade de suas ações, anulando atos disciplinares ilegais. Porém essa autotutela somente poderá ser exercida dentro do prazo de cinco anos (nos termos do art. 54, da Lei nº 9.784/99), salvo comprovação de má-fé do sujeito beneficiado pelo ato ilegal.

Disto decorre que, para os atos ilegais da Administração, salvo a comprovação de má-fé do beneficiado, a coisa julgada administrativa somente ocorre após o decurso de cinco anos da data do encerramento do processo. Nesse ínterim, constatada a nulidade do procedimento, proceder-se-á à sua anulação e, em seguida, a uma nova instauração, suprida a eiva de ilegalidade, para a apuração dos fatos e, sendo o caso de constatação de responsabilidade do servidor, aplicação e execução da sanção disciplinar, acaso não ocorrida a prescrição da pretensão punitiva do Estado-administração. Nesse arcabouço, para os processos administrativos disciplinares já finalizados, há ainda de se considerar a possibilidade de exercício da autotutela e, com efeito, de correção dos atos ilegais, somente quando não confrontante com o princípio da coisa julgada e, ainda, quando não der ensejo a *bis in idem*, mormente se fundamentar em vício insanável ou propiciar um abrandamento da sanção aplicada.⁹⁰

Também importa no processo estatutário a necessidade de observância do *ne bis in idem* nos atos administrativos de decisão e de aplicação da sanção. O ato de aplicação da sanção ao servidor público deve incidir somente uma única vez para cada fato apurado. A nulidade da sanção deve ser sempre reconhecida quando decorrente de uma conduta já punida, quer seja no mesmo ou em outro procedimento, dentro do mesmo ente ou órgão, ou em outros que detenham o exercício do poder disciplinar. A Administração não se deve valer de sanções indiretas decorrentes da penalidade aplicada, a exemplo de impingir ao servidor penalizado ou processado impedimentos ou óbices funcionais que o prejudiquem na carreira pública, a exemplo de impedimento de promoção, férias, percepção de gratificações, adicionais etc., ressalvadas as previsões contidas no próprio regime disciplinar e diretamente ligadas ao ilícito, na qualidade de sanção dele decorrente. Deve-se entender que a sanção há de estar ligada ao tipo disciplinar, como decorrência lógica e direta de sua infringência – modalização deontica.

Por fim, sem embargo do acima exposto quanto ao papel da legalidade na inferência da proibição da dupla via sancionatória, há de se considerar que essa corrente tende a reduzir o princípio *ne bis in idem* à questão de tipicidade somente (à existência de normas sancionadoras *superpostas*) e basta a não tipificação de infrações decorrentes de um mesmo fato para que o problema se apresente resolvido. Todavia, há de se indagar se o âmbito do *ne bis in idem* proíbe que um fato seja duplamente tipificado, ou, sob um aspecto mais abrangente, que se já duplamente sancionado.⁹¹ Seu âmbito próprio compreende a infração (com preceitos primários

⁹⁰ Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao posicionar-se, em caso de anulação de sanção de suspensão já executada, comutando-a em sanção de demissão, em que entendeu ocorrência de dupla punição, obstativa da aplicação da nova sanção (REsp nº 1.216.473/PR – Recurso Especial nº 2010/0190599-3).

⁹¹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 436.

e secundários do tipo proibitivo) ou a sanção (em seu aspecto desarraigado das prescrições punitivas)? Ou, por outro lado, o fundamento do princípio *ne bis in idem* estaria na identidade básica ontológica entre os ilícitos penal e administrativo, mormente o disciplinar da função pública, a ditar a função dos objetos jurídicos desses ramos epistemológicos? Tais indagações – o que parecem chave para a resolução do problema em investigação – serão respondidas com as digressões contidas nos itens seguintes.

2 O propósito teleológico e a finalidade do *ne bis in idem*

O fim primário apresentado pelo princípio *ne bis in idem* é o de garantir um direito, qual seja, o de o indivíduo não ser processado e/ou julgado mais de uma vez pelo mesmo fato-base – comporta, destarte, garantia individual –,⁹² e, a partir dessa garantia de direito subjetivo, realizar a justiça por meio do direito-texto. Apresenta-se, à vista do exposto, como “um princípio que concretiza uma antecipação da tutela constitucional de outros valores importantes, tais como a segurança jurídica, a liberdade, a legalidade, a proporcionalidade e o princípio da culpa”.⁹³ Em Portugal, fala-se, na origem, em sua inicial correlação com a concepção de segurança jurídica e, sem embargo, com a liberdade e a dignidade do *arguido* (investigado ou réu), a figurar como sujeito de direitos subjetivos perante o Estado-punitivo, mormente em sede de direito processual penal, reflexiva de uma acepção de justiça jurídico-processual.⁹⁴

O raciocínio versado permite-nos falar em um *fim específico* de aproximação do direito positivo ao conceito de justiça, esta como valor maior a influenciar os provimentos normativos.⁹⁵ Assim, o escopo teleológico *específico* do *ne bis in*

⁹² SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 143-145.

⁹³ LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I. p. 276.

⁹⁴ Nesses termos, quanto ao aspecto subjetivo-processual, Inês Ferreira Leite esclarece que “só em meados do séc. XIX é que o *ne bis in idem* surge, pela primeira vez, configurado sob uma dimensão subjetiva, num inovador texto de Albert Friedrich Berner. Este autor acrescenta ao tradicional fundamento da segurança jurídica, o respeito pela liberdade e dignidade do *arguido* enquanto sujeito do processo penal, configurando o *ne bis in idem* como garantia do cidadão contra os excessos do poder punitivo do Estado” (LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I. p. 127).

⁹⁵ Cf. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. II; SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014; TORRES, Agostinho S. O princípio *ne bis in idem*: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia. *Julgar*, n. 14, p. 77-100, maio/ago. 2011; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Es compatible con el principio *ne bis in idem* reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 136, p. 727-755, out./

idem é o de moldar o direito positivo ao valor de justiça, que deve orientar as operacionalizações de concreção do direito, para uma apreensão pelo Estado da ética adequada à responsabilização pelas vias do direito sancionador público.⁹⁶

Busca-se, com isso, o não arbítrio do Estado, que deve assimilar a correção da ordem interna com a razoável e proporcional sanção – quer seja ela de caráter penal criminal, quer de caráter administrativo sancionador –, fundamentando-se no reconhecimento do fato de os diversos procedimentos e penas levados a efeito pelo exercício do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* do Estado possuírem a mesma natureza jurídica. Dessarte, *não se deve reconhecer autonomia de punições, malgrado elas existirem positivadas em ordens normativas distintas, conquanto fundadas em um mesmo fato-base, como fato gerador de processos e sanções.*

Na Constituição da República portuguesa, encontra fundamento no art. 29º, nº 5, “como garante da paz jurídica do indivíduo, salvaguardando-o do exercício repetido do poder punitivo do Estado”.⁹⁷ No Brasil, conforme já assinalado, a sua normatividade é tributária de fundamento sistêmico, a partir do referido art. 5º, XXXVI, combinado com o art. 1º, III, do mesmo texto da Lei Fundamental, a tecer as linhas do princípio da dignidade da pessoa humana, sem embargo de sua combinação, ainda, com o art. 5º, XLIV, da CRFB/88, que submete toda e qualquer decisão ao princípio do devido processo legal, compondo, destarte, também elemento de garantia do indivíduo à paz e à justiça, codependentes, neste caso, à limitação do poder sancionador do Estado.

Se o (i) *fim* do *ne bis in idem* é o de garantir a existência de um direito subjetivo e, conseqüentemente, o seu exercício e, com isso, a realização da justiça por meio do direito positivo, a sua (ii) *finalidade* diz respeito à contensão do poder punitivo do Estado, com a limitação de seus instrumentos legais empregados para tal mister, levando-o a considerar, por via reflexa, uma melhor racionalização do processo e do direito material como instrumentos de garantia da ordem social, assim como, sob o caráter de “dimensão constitucional objetiva”, a servir de valor orientador da atividade legislativo-sancionadora. Sem embargo, fazem-se conter nos exatos limites da concepção comum de justiça o *jus perseguendi* e o *jus puniendi* estatais.⁹⁸

dez. 2007; e REBOLLO PUIG, Manuel *et alli*. Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 173, p. 155-179, nov. 2015.

⁹⁶ Cf. COSTA, José de Faria. Beccaria e a legitimação do direito penal: entre a ética das virtudes e a ética das conseqüências. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 24, n. 2, p. 205-224, abr./jun. 2014.

⁹⁷ SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 145.

⁹⁸ Inês Ferreira Leite aponta que, “na dimensão constitucional objetiva, enquanto princípio geral de valor constitucionalmente reconhecido, o *ne bis in idem* impõe-se ao legislador ordinário na própria conformação do ordenamento jurídico-penal e processual penal e assume um papel de garantia; na sua dimensão subjetiva, enquanto direito fundamental, o *ne bis in idem* concede aos indivíduos faculdades de reação contra eventuais violações da proibição constitucional, ainda que num plano concreto individual, e impõe ao Estado e às demais entidades públicas deveres de proteção e de não interferência corespondentes”

Fácil perceber que o *fim* do princípio se refere à concreção de um valor pré-jurídico que tende a ditar o conteúdo das regras do direito posto, ao passo que a sua *função* se correlaciona diretamente aos mecanismos legais que tenham o potencial de ferir esse mesmo valor juridicizado e, com esse propósito, servir de instrumento jurídico para a *redução de complexidade* do sistema sancionador público e *paradigma de valor* para a orientação das atividades legislativas.⁹⁹

É de se ressaltar, com base em seus *fins* e em sua *função*, que o princípio *ne bis in idem* apresenta dupla dimensão no seio de efeitos ao direito positivo.

A *dimensão material ou substancial*, com o propósito de impedimento de sanções fundadas em um mesmo assunto ou mesmo fato, na medida em que incidentes mais de uma vez, em razão de um mesmo fato-base ilícito e nessa esteira, visa a impedir o exercício desproporcional do *jus puniendi* do Estado, cujo excesso fere certamente a garantia de previsibilidade dos indivíduos acerca das reprimendas para as suas condutas infracionais. Isso se dá em razão de a possibilidade de somatória das multiplicidades de sanções constituir-se em uma nova sanção, a criar uma visão externa ao princípio da proporcionalidade buscado pelo legislador. Com efeito, as múltiplas sanções em decorrência de um único fato criam uma nova sanção, não desejada diretamente pelo legislador, para o fato punível, o que, em um sentido mais alargado, pode também representar uma ofensa ao próprio princípio da legalidade estrita e de sua necessária taxatividade, a dar segurança jurídica e certeza ao direito estatal.¹⁰⁰

A *dimensão processual ou formal* refere-se à proibição de ajuizamento de mais de um processo sancionador, simultâneo ou sucessivo, em razão de um mesmo fato-base.¹⁰¹ Essa questão se constitui no instituto da litispendência e faz atrair as regras da prejudicialidade de uma instância em detrimento da outra, no caso a primazia da instância penal em detrimento da instância administrativa, acaso processos instaurados em ordens normativas distintas. Por outro lado, dentro de uma mesma ordem jurídica, a exemplo de mais de um processo penal instaurado para a apuração de um mesmo fato, a questão se resolve pelo critério cronológico de prevenção, em que o juízo que primeiro se movimentou para a apuração, conquanto

(LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I. p. 278).

⁹⁹ LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I. p. 292-294.

¹⁰⁰ Cf. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. III; e SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

¹⁰¹ SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

competente para tal mister, prorroga sua competência para o deslinde da questão, em detrimento do juízo do posterior processo penal, que deve ser encerrado.

Em que pese a acepção comum do princípio *ne bis in idem* ditar o sentido de que a sua aplicação se refira a um único ramo do direito, a uma única ordem normativa vista de modo interno, a exemplo de estender efeitos para o direito penal e processual penal com o fim de paralisar a segunda sanção ou o segundo procedimento punitivo de caráter criminal, a medida esvai-se em efeitos para todos os ramos do direito sancionador, mormente à vista da multiplicidade de tribunais e órgãos não jurisdicionais detentores de atribuições sancionadoras, a exemplo dos juízos criminais e, sem embargo, dos órgãos da administração tributária, previdenciária, administrativa decorrente do poder geral de polícia e disciplinar. O direito de punir se afigura compartilhado entre essas diversas faces do Estado-sancionador (tribunais e Administração Pública), fazendo-se imprescindível o reconhecimento do duplo aspecto, material e processual, do *ne bis in idem*, para a regulação harmônica dos sistemas normativo-punitivos penal e administrativo.

3 O critério do bem jurídico à luz da tipicidade legal taxativa como decisivo para a aferição da identidade de ilícitos na ordem jurídica sancionadora

Por tudo até aqui exposto, deixamos claro que adotamos o critério ampliativo de bem jurídico e de sua relação com a tipicidade e com a conduta ensejadora do resultado danoso.

Logicamente o tipo definidor do ilícito, por mais preciso e taxativo que seja, não define categoricamente o bem jurídico e a total extensão de seus contornos submetidos à sua proteção normativa, deixando essa inferência a uma análise sistêmica do regime jurídico à luz da Constituição, como Carta Fundamental, a ser percorrida pelo intérprete e aplicador do direito.

Sem embargo, concordamos com Jorge de Figueiredo Dias sobre a questão de ser o ilícito, sob o seu aspecto objetivo, como *tipo ilícito objetivo*, formado pela composição de três elementos: o autor; a conduta; e o fato, dessarte, a correspondente ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma¹⁰² e, sob essa composição, pensamos que a aferição da identidade de autor e de conduta, ativa ou omissiva, deve-se relacionar ao tipo e à aferição da extensão da ofensa ao bem jurídico, como fato em si censurável. Esse *iter* hermenêutico propiciará a aferição do *idem*, ou seja, a constatação da identidade de fatos, com vistas ao juízo de valor de se estar

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. t. I. p. 114.

ou não diante de um mesmo ilícito. Daí a importância da taxatividade legal, viés formal do princípio da legalidade, para o trabalho exegético do operador do direito. Não se há de identificar fatos sob uma mirada exclusivamente naturalística, ou, por outro lado, exclusivamente positivista. Mister se faz a composição compartilhada da ideia de “mesmo fato” sob o amparo do acontecimento fático-histórico, o que se diz fato real, e a descrição desse fato pela norma tipificadora, em que apenas alguns contornos do fato real se mostram de interesse para o direito punitivo. Antônio Leones Dantas faz essa afirmativa para o direito penal e seu ramo processual penal – o que se concebe também para o direito disciplinar e sua vertente processual –, a asseverar que é função do intérprete e aplicador do direito “projectar o tipo ou tipos concorrentes sobre o acontecimento concreto, para indagar os vectores desse acontecimento que integram os elementos de crimes ou circunstâncias relevantes para a determinação das reacções a aplicar”.¹⁰³ Com efeito, determinar a concreção da norma jurídica resultante desse exercício de identificação do que melhor se amolda ao fato, como acontecimento histórico de interesse para o direito.

Nesse diapasão, os tipos vagos, plurissignificativos, por ausência de um mínimo de precisão quanto ao bem jurídico e a sua extensão tutelada, são inconstitucionais: a uma, por ofensa à necessidade de as normas punitivas se arrimarem em bens jurídicos elencados na Lei Fundamental; a duas, por ofensa ao devido processo legal substantivo, na medida em que não atendem à legalidade taxativa instrumental ao processo sancionador. No mais, por esses motivos, permitem ao intérprete aplicador do direito entender, à vista de uma tentativa de subsunção do acontecimento fático-histórico a um tipo aberto, vago, plurissignificativo, a existência de ofensa e/ou de extensão de ofensa a bens jurídicos diferentes de outro exegeta, a levar a mais de uma sanção em razão de uma mesmo fato-base. Nisso, demonstra-se a vinculação do fato histórico à descrição típica e à necessidade de que esta se firme em preceitos analítico-descritivos taxativos, que detalhem o quanto possível o que o Estado-sancionador entende como proibido ou devido no campo do direito sancionador público.

Sob esse aspecto é que Germano Marques da Silva assinala que o intérprete e aplicador do direito estará diante de crimes distintos se os bens jurídicos protegidos pelas normas a que se subsumem os relevos dos fatos reais também o forem, pois os juízos de ilicitude também lhe serão incomuns.¹⁰⁴ Por outro lado, não havendo divergência de elementos essenciais do conceito material de crime, também não

¹⁰³ DANTAS, Antônio Leones. A definição e evolução do objecto do processo no processo penal. *Revista do Ministério Público*, ano 16, n. 63, p. 89-107, jul./set. 1995. p. 89.

¹⁰⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso de direito processual I*. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010. p. 410 e ss.

haverá distinção de objetos jurídicos e, portanto, identidade de ilícitos,¹⁰⁵ quer sejam eles, ambos, delitos, ilícitos disciplinares, ou delito e ilícito disciplinar.

Posicionamo-nos aqui sobre a relativa incompletude do conceito material de ilícito para a distinção entre as naturezas de uns e de outros, pertencentes a regimes jurídicos distintos. Não obstante, conforme se assinala, a referência material e os seus elementos devem ser somados à análise formal que respeita a descrição típica de cada previsão punitiva, em que os elementos referidos por Figueiredo Dias, a comporem o *tipo ilícito objetivo*, reportam-se ao acontecimento fático-histórico e ao fato formal, firmadores da concepção de ilicitude e de injusto ilícito, penal e disciplinar.

Há de se aceitar uma certa correlação entre (a) o bem jurídico e, especificamente, o objeto jurídico de proteção normativa como parcela do bem jurídico submetido à tutela do tipo de ilícito, e (b) o acontecimento fático-histórico, sendo indissociáveis plenamente um do outro, pois a ofensa ao bem jurídico fragmentado, ou seja, ao objeto jurídico, se dá com a realização da conduta que, por conseguinte, encontre subsunção a determinada tipificação de ilícito.

Por exemplo, citemos o exemplo do crime de “corrupção passiva”, previsto no art. 317 do Código Penal brasileiro,¹⁰⁶ e do ilícito disciplinar de “prevaler-se abusivamente da condição de servidor público”, previsto no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, EGFb,¹⁰⁷ em que se torna facilmente perceptível que as duas condutas possuem pontos de interseção de proibições, ou de definição de ilícitos, na medida em que casos haverá em que a ação de “solicitar” ou de “receber”, no exercício da função pública ou em razão dela, indevida vantagem perfaz a mesma ação e, destarte, o mesmo tipo, de “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, mas o inverso não será verdadeiro. Ou seja, nem sempre o autor do ilícito disciplinar referido cometerá o crime de corrupção passiva, mas o autor do crime de corrupção passiva sempre cometerá o ilícito disciplinar em apreço. Isso nos dá a ideia de que as duas tipificações, em determinados casos concretos, proíbem a mesma conduta a indicar, do mesmo modo, a proteção do mesmo bem jurídico e em idêntica extensão de tutela (mesmos objetos jurídicos de proteção). Destarte, não há como se desvencilhar do reconhecimento de que, por meio de redações típicas diversas, os dois ilícitos citados reportam-se à proteção da mesma objetividade jurídica. À vista disso, o bem jurídico e a sua extensão ou nível de proteção dependem sobremodo da tipicidade,

¹⁰⁵ SILVA, Germano Marques da. *Curso de direito processual I*. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010. p. 410 e ss.

¹⁰⁶ “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (CPb).

¹⁰⁷ “Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública” (EGFb).

do texto taxativo da lei instituidora do ilícito, podendo esse direito-texto incriminador ou definidor do ilícito disciplinar – a indicar uma única norma – apresentar-se de diversas formas redacionais, o que não significa dizer que, em razão de redações distintas, possuem objetos jurídicos também distintos. Por isso que a atividade do intérprete aplicador do direito se faz de relevante importância, na medida em que se coloca como o exercício racional para a constatação de identidade dos elementos constitutivos do conceito de ilícito, incluindo-se a avaliação de identidade ou não de bens jurídicos e de extensão protetiva desses bens.

Podemo-nos reportar a outro exemplo na experiência brasileira, quanto ao (1) crime de “abandono de função” e ao (2) *ilícito disciplinar* de “abandono de cargo”. O primeiro está previsto no art. 323, *caput*, na forma simples, e §§1º e 2º do mesmo dispositivo, nas formas qualificadas.¹⁰⁸ O segundo, o ilícito disciplinar, sem qualquer previsão de tipo qualificado, está estipulado, de forma simples, no art. 132, II, c/c art. 138, ambos da Lei nº 8.112/90, EGFb.¹⁰⁹

Esses ilícitos apresentam, como se afere da leitura dos textos legais tipificadores, distintos momentos consumativos, porém – e aqui por exercício hermenêutico – proteção incidente sobre o mesmo bem jurídico e sobre o mesmo nível de extensão de sua proteção, ao menos em alguma hipótese e uma análise menos detida poderia levar à consideração de tratarem-se, por esse motivo, de fatos distintos. O crime do art. 323 do CPb compreende crime instantâneo, cujo resultado se consuma no momento do “largar ou deixar o desempenho”, ao passo que o momento consumativo do ilícito disciplinar ocorre no 31º dia de ausência consecutiva ao serviço.^{110 111}

¹⁰⁸ “*Abandono de Função*: Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. §1º Se do fato resulta prejuízo público: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. §2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira: Pena – detenção, de um a três anos, e multa” (CPb).

¹⁰⁹ “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I – crime contra a administração pública; II – abandono de cargo; [...] Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos” (EGFb).

¹¹⁰ Guilherme de Souza Nucci efetiva a “análise do núcleo do tipo” do art. 323 do CPb e afirma que “*abandonar* significa largar ou deixar o desempenho. Objetiva-se proteger o regular funcionamento dos serviços públicos. Não se deve confundir o abandono previsto no tipo penal, que pode configurar-se em curto espaço de tempo, com o *abandono de cargo*, estabelecido em lei específica que rege a carreira do funcionário público, normalmente demandando um prazo fixo relativamente extenso. É o caso do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, que prevê como abandono de cargo a interrupção do exercício, por mais de 30 dias consecutivos (art. 63)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 999).

¹¹¹ Sobre o momento consumativo do ilícito disciplinar em referência, cf. COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004; COSTA, José Armando da. *Direito disciplinar: temas substantivos e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar*. Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Assim se levaria a crer compreenderem fatos diversos e, com isso, ilícitos diversos, uma vez que compreendem condutas distintas, mormente para a realização do momento consumativo em que ambos não requerem (o crime, em sua forma simples apenas) dano, em forma de prejuízo público, ao serviço. Sem embargo, a partir da premissa de ser o ilícito penal naturalmente um ilícito mais grave que o ilícito disciplinar e aqui não se afere qualquer outro critério teleológico para a busca da coerção do não abandono do cargo/função conjuntamente em ambos os regimes jurídicos, não se há de considerar ser o ilícito disciplinar, em razão de sua necessidade de mais de 30 dias de ausência ao serviço público (ao menos 31 dias), um *abandono de função* (crime) *mais grave* – uma conduta agravada à vista da conduta do crime. O entendimento de serem ilícitos diversos à luz dos momentos consumativos distintos leva notadamente à consideração de ser a conduta realizadora do ilícito disciplinar algo mais grave que a conduta realizadora do ilícito penal, o que, deveras, se faz incongruente com os fins e princípios jurídicos do sistema sancionador público. Pensamos haver um único ilícito, no caso o abandono de função (que se reporta em sua redação típica à conduta de abandono de cargo), considerado assim por força do referido art. 323 e parágrafos do CPb, e as ausências sucessivas dessa conduta criminosa inicial – ou seja, as outras 30 ausências consecutivas ao trabalho no serviço público – serem um *post factum* impunível. Isso se afere em face da *identidade de objetos jurídicos e do nível de sua proteção* para a forma simples do crime de abandono de função, previsto no *caput*, do art. 323 do CPb, que, pela leitura em conjunto do seu §1º, demonstra não requerer qualquer prejuízo público, bastando, somente, a conduta de o agente público retirar-se do local de exercício do cargo e função, sem autorização legal, com a pretensão de não mais retornar às atividades. Essa pretensão dolosa compreende o *animus abandonandi* que também é requerido para a configuração do ilícito disciplinar congênera, cuja consumação não requer, a exemplo do penal, qualquer prejuízo público.

Por essa ótica, ambos compreendem a conduta de o agente estatal ausentar-se do serviço público em que desempenha as funções do cargo público, com *animus abandonandi*, independentemente de dano público, a distinguirem-se somente pelo momento da consumação de um e de outro, o que se amolda aos elementos do fato típico do ilícito que primeiro se consumir, com exclusão do ilícito posterior, por razões de primazia da instância penal. Por mais que o momento consumativo seja ditado pela conduta do agente e esta componha, como subelemento, o fato típico a indicar, inicialmente, condutas distintas – o que de fato o são –, a tipificação ilícita se mostra no caso mais abrangente que a conduta penal. Assim, encontra-se a inferir, para o caso ora versado, que esse aspecto continuado do ilícito disciplinar fez prefigurar a realização de todos os elementos do fato típico disciplinar também

no primeiro momento de ausência do serviço, em identidade de elementos do fato típico penal. Dessarte, afere-se a mesma identidade de elementos do fato típico e do bem jurídico, que foi ofendido pela conduta única inicial de ausência ao serviço logo no primeiro dia.

Com efeito, concordamos com Germano Marques da Silva, por ocasião em que afirma que na presença dos mesmos elementos constitutivos do ilícito inferir-se-á o mesmo bem jurídico submetido à tutela protetiva, a indicar identidade de crimes –¹¹² ¹¹³ e, assim, de ilícitos em geral –, sem embargo, porém, de ocorrências de fatos residuais, que extrapolam a subsunção fática em um regime jurídico, a gerarem resquícios puníveis em outro regime jurídico que faça a previsão típica desses resíduos do acontecimento fático-histórico.

O critério do bem jurídico e o princípio da legalidade, ao amparo de sua face de tipicidade taxativa, somam-se para o labor de identificação dos fatos jurídicos que se consideram relevantes à subsunção das normas punitivas e, assim, à aferição de tratar-se ou não incidência de mais de um processo e de uma punição em razão do mesmo fato-base.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, com a previsão de identidade de bens jurídicos tutelados pelo direito penal e pelo direito disciplinar, há de se constatar a necessidade de *complementaridade* de tutelas estatais punitivas, à vista da maior relevância que possuem o exercício de cargos e de funções públicas para a eficiência e a efetividade dos fins do Estado.

Todavia, na prática não se tem experimentado a complementaridade das tipificações punitivas, mas sim a sobreposição de tipos, sanções e objetos jurídicos. Nesses moldes vazados, parece entender o legislador que, em razão da maior responsabilidade dos agentes públicos, mormente em face da relevância dos deveres-poderes ao seu cargo para o exercício de seus misteres públicos, maior deve ser o controle do Estado sobre as suas atividades. Assinalam para o caso, em nítido reconhecimento de ineficácia e de carência de efetividade de o direito penal e, sem embargo, de o direito disciplinar, um sem o outro, regularem comportamentos nessa seara social-institucional-corporativa. Assim, consentem na pseudoimprescindibilidade de submissão dos agentes públicos e trabalhadores das funções públicas a duplo binário punitivo: (i) o penal, afeto a todos os indivíduos;

¹¹² SILVA, Germano Marques da. *Curso de direito processual I*. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010. p. 402.

¹¹³ No mesmo sentido, cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 47 e ss.

e (ii) o disciplinar, afeto aos detentores de especial relação de sujeição para com o Estado, em face de vinculação legal estatutária e ou laboral.

O legislador, em sua tarefa de identificação dos bens jurídicos merecedores de tutela pelo direito punitivo geral, apropria-se, quiçá involuntariamente, de um arbitrário maior rigor punitivo direcionado aos agentes públicos, a reconhecer, com essa atitude, a insuficiência do direito penal, para, sozinho, desempenhar o seu papel protetivo da sociedade.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A teoria do ato e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENESSIANO, William. *Légalité pénale et droits fondamentaux*. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.

BRAIBANT, Guy et alii. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 19. ed. Paris: Dallos, 2013.

BRINDEIRO, Geraldo. *O devido processo legal na Constituição de 1988 e o direito comparado*. Constituição Federal, 15 anos, mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1951.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. V. Suplemento.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. Suplemento.

CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2012. v. 1.

CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2013. v. 2.

COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

COSTA, José Armando da. *Direito disciplinar: temas substantivos e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar*. Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

COSTA, José de Faria. Beccaria e a legitimação do direito penal: entre a ética das virtudes e a ética das consequências. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 24, n. 2, p. 205-224, abr./jun. 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. I.

DANTAS, Antônio Leones. A definição e evolução do objecto do processo no processo penal. *Revista do Ministério Público*, ano 16, n. 63, p. 89-107, jul./set. 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. t. I.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 136, p. 727-755, out./dez. 2007.

DORD, Olivier. *Droit de la fonction publique*. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007.

FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GADAMER, Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002. v. I.

GADAMER, Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002. v. II.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora. Los derechos fundamentales del inculcado en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Bosch, 2012. v. I.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora. Los derechos fundamentales del inculcado en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Bosch, 2012. v. II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 16. ed. Madrid: Civitas, 2013. v. I.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013. v. II.

GUIRAO, Rafael Alcácer. Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, n. 4, p. 511-555, out./dez. 2005.

HESSER, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1967.

JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. I.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem* – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL – Almedina Universitária, 2016. v. II.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*. Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. *O direito penal europeu*: de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo, princípios constitucionais e a lei n. 9.784/99*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOURA, Paulo Veiga e. *Estatuto disciplinar dos trabalhadores da administração pública*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis in idem como pilar fundamental del estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración. *Novum Jus*, v. 2, n. 1, p. 101-124, 2008.

REBOLLO PUIG, Manuel *et alli*. Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 173, p. 155-179, nov. 2015.

SALINAS, Henrique. *Os limites objetivos do ne bis in idem*. E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. XV ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989. v. 1.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. XV ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989. v. 2

SILVA, Germano Marques da. *Curso de direito processual I*. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Notas avulsas sobre as respostas de reforma das leis penais (Propostas de Lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 72, p. 521-543, abr./set. 2012.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. Coleção Teses.

SOUSA, Rui Correia de. *Lei geral do trabalho em funções públicas*. 1. ed. Porto: Vida Económica, 2014.

TORRES, Agostinho S. O princípio ne bis in idem: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia. *Julgar*, n. 14, p. 77-100, maio/ago. 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio ne bis in idem na seara extrapenal sancionadora disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 125-152, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1038.
