

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VICTOR TADEU ANTUNES ARAUJO**

**PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DA CONDUTA DE  
PESSOAS JURÍDICAS NAS LEIS Nº 8.666/1993 E Nº 12.846/2013: UMA ANÁLISE  
A PARTIR DA GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM*.**

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2017**

**VICTOR TADEU ANTUNES ARAUJO**

**PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DA CONDUTA DE  
PESSOAS JURÍDICAS NAS LEIS Nº 8.666/1993 E Nº 12.846/2013: UMA ANÁLISE  
A PARTIR DA GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM*.**

Trabalho de monografia apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão  
Pimentel dos Reis

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2017**

**Victor Tadeu Antunes Araujo**

**Processos administrativos sancionadores da conduta de pessoas jurídicas nas  
Leis nº 8.666/1993 e nº 12.846/2013: uma análise a partir da garantia do *ne bis  
in idem*.**

Trabalho de monografia apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Brasília-DF, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

---

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos  
Reis

Professor Orientador

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

*À minha família.*

## AGRADECIMENTOS

Trata-se de um espaço muito exíguo para agradecer a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse chegar a este ponto.

Aos meus pais, nunca será redundante agradecer pelo dom da vida, pelos ensinamentos preciosos e pela moldura de caráter. Sem o incentivo incondicional que somente quem deu à vida pode conceber, certamente não teria logrado sequer os primeiros passos de uma jornada acadêmica – e esta já é a segunda. Luiz Antônio e Maria das Graças, minha gratidão e meu amor eterno.

Aos meus irmãos, companheiros de jornada, pela alegria que sempre me propiciaram, principalmente, nos momentos em que mais necessitei. Wagner e Vinícius, vocês serão sempre parte de qualquer conquista.

Aos meus amigos, com especial menção ao Tio Zé Rogério, um incentivador incansável, e ao Antônio Pedro, a quem sempre me orgulha chamar de irmão.

À equipe de professores do IDP, por representar, a esta altura da jornada, os gigantes em cujos ombros se escora qualquer pretensão de construção de conhecimento científico, a que se referira *Sir* Isaac Newton.

Ao professor orientador Dr. Daniel Falcão, pelas sábias palavras, pela paciência e pela competência.

Ao Ser Eterno, cujos ditames, a mim incompreensíveis, possam permanecer pautando os meus passos e guiando as minhas ações.

À Nathália Eliza, por ser a razão maior de tudo isto, e por ser quem me faz enxergar que se trata do fim do começo, e não do começo do fim.

*“Ah! Com certeza, Deus me castigava!  
Por toda a parte, como um réu confesso,  
Havia um juiz que lia o meu processo  
E uma força especial que me esperava!”  
(Augusto dos Anjos)*

*“[...] nor shall any person be subject for the  
same offence to be twice put in jeopardy of life  
or limb [...]” (5<sup>th</sup> Amendment).*

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de ocorrência do fenômeno da dupla punição pelo mesmo fato no âmbito dos sistemas de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas positivados por meio das Leis nº 8.666/1993 e 12.846/2013. Para tanto, busca-se esclarecer a conformação da incidência das garantias penais aos processos administrativos sancionadores, com foco na garantia do *ne bis in idem* e nos princípios da legalidade, da tipicidade, do devido processo legal e da proporcionalidade. O princípio do *ne bis in idem* é caracterizado em sua dimensão conceitual e em sua relação com o processo administrativo sancionador. O conceito de sanção administrativa é analisado em seu alcance e suas relações com o conceito de sanção penal. A partir da análise da conformação da incidência dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, utilizando-se de exemplos de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, são traçadas conclusões sobre a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* no contexto de sucessão dos diplomas legais estudados.

**Palavras-chave:** Leis nº 8.666/1993 e nº 12.846/2013. Direito Administrativo Sancionador. Responsabilização administrativa de pessoa jurídica. Sanção Administrativa. *Ne bis in idem*.

## ABSTRACT

The present paper analyzes the possibility of occurrence of the phenomenon of double punishment for the same fact in the scope of the systems of administrative accountability of legal entities posited through Laws 8,666/1993 and 12,846/2013. In order to do so, the aim is to clarify the conformation of the incidence of criminal guarantees to administrative sanctioning processes, with a focus on the principle of *ne bis in idem* and on the principles of legality, typicity, due process of law and proportionality. The *ne bis in idem* principle is characterized in its conceptual dimension and in its relation to the sanctioning administrative process. The concept of administrative sanction is analyzed in its scope and its relation with the concept of penal sanction. Based on the analysis of the impact of the principles of criminal law on the administrative penalty law, using examples of decisions of the European Court of Human Rights, conclusions are drawn on the possibility of occurrence of *bis in idem* in the context of succession of laws studied.

**Keywords:** Laws 8,666/1993 and 12,846/2013. Administrative Penalty Law. Administrative responsibility of legal entities. Administrative sanction. *Ne bis in idem*.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>1 OS SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 8.666/1993 E NA LEI Nº 12.846/2013: CONDUTAS ILÍCITAS E SANÇÕES .....</b>	<b>14</b>
1.1 O sistema de responsabilização administrativa da Lei nº 8.666/1993 .....	14
1.2 O sistema de responsabilização administrativa da Lei nº 12.846/2013 .....	17
1.2.1 <i>A técnica da tipicidade na Lei nº 12.846/2013</i> .....	21
1.3 A sucessão dos sistemas de responsabilização administrativa e o processo administrativo sancionador.....	24
<b>2 O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> .....</b>	<b>29</b>
2.1 Concepção e origens .....	29
2.2 O princípio do <i>ne bis in idem</i> enquanto direito fundamental .....	32
2.3 O princípio do <i>ne bis in idem</i> no ordenamento jurídico brasileiro .....	33
2.4 O <i>ne bis in idem</i> enquanto direito fundamental e a proteção à pessoa jurídica .....	36
<b>3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>	<b>39</b>
3.1 Concepção .....	39
3.1.1 <i>O conceito de sanção administrativa</i> .....	43
3.2 Princípios do Processo Administrativo Sancionador .....	51
3.3 O dogma da unidade do <i>jus puniendi</i> estatal .....	55
3.4 O princípio do <i>ne bis in idem</i> na jurisprudência recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos .....	59
CONCLUSÃO .....	65
REFERÊNCIAS.....	71

## INTRODUÇÃO

O arcabouço normativo de combate aos atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro sofreu importante inovação com a promulgação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Em lugar de representar apenas mais uma iniciativa legislativa isolada, reativa a contexto fático de grande repercussão nacional, a Lei nº 12.846/2013, alcunhada de "Lei Anticorrupção" ou, ainda, "Lei da Empresa Limpa", dispôs de uma maneira mais abrangente sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, em virtude do cometimento de condutas classificadas como atos de corrupção contra a Administração Pública, tanto a nacional quanto a estrangeira. Portanto, a Lei Anticorrupção coloca-se enquanto um importante marco no esforço de combate à corrupção no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o qual, até a edição desta lei, contava com diplomas legislativos esparsos no concernente a esta modalidade de responsabilização de pessoas jurídicas<sup>1</sup>.

A Lei nº 12.846/2013 tem por objeto, destarte, a conduta da pessoa jurídica em relação à Administração Pública, nacional ou estrangeira, conduta esta que, em se enquadrando nos tipos de responsabilização objetiva previstos pela Lei Anticorrupção, sujeita a pessoa jurídica às sanções administrativas e judiciais previstas na própria lei.

Entretanto, a denominada Lei Anticorrupção não inaugurou a sistemática de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, visto que outros diplomas legais já traziam normas visando à aplicação de sanções às empresas eventualmente envolvidas em atos ilícitos perpetrados contra a Administração Pública, é dizer, outras leis positivam, a par da Lei nº 12.846/2013, normas de Direito Administrativo sancionador da conduta da pessoa jurídica, em sua relação com os entes públicos. A inovação trazida pela Lei Anticorrupção se expressa, talvez, como mais uma iniciativa legislativa que visa satisfazer de maneira mais plena os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção pública<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>2</sup> CARVALHOSA, op. cit..

Em contexto no qual se observa a profusão de leis versando sobre matéria semelhante, quando não coincidente, em verdadeira relação de identidade, observa-se a possibilidade de que uma mesma pessoa jurídica possa ser, de forma simultânea, autônoma e dispersa, sancionada pela prática de delitos praticados junto aos entes públicos<sup>3</sup>. Trata-se, portanto, da possibilidade de uma diversidade de processos sancionadores - judiciais ou administrativos - a incidir, de maneira simultânea e independente, sobre uma mesma conduta da pessoa jurídica, acusada ou ré.

Apesar da alcunha de “Lei Anticorrupção”, a Lei nº 12.846/2013, portanto, também não inaugurou a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas pelo cometimento de condutas tidas como atos de corrupção. Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro estatui a possibilidade de persecuções simultâneas e independentes contra a pessoa jurídica acusada da prática de ilícitos tidos como atos de corrupção por meio de diplomas como: a Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa; a Lei nº 8.666/1993 – a Lei de Licitações; a Lei nº 11.079/2004 – Lei das Parcerias Público-Privadas; dentre outros<sup>4</sup>.

A existência de uma multiplicidade de leis, disciplinando uma miríade de processos de natureza sancionadora, simultâneos e independentes, é fato que deve alertar ao operador e intérprete do Direito acerca da possibilidade de ocorrência da dupla aplicação de sanção pelo mesmo fato, em relação à atividade punitiva do Estado, possibilidade esta rechaçada pela garantia expressa pela conhecida fórmula do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*. Destarte, há que se cuidar para que a atividade estatal que visa reprimir e prevenir a prática dos atos de corrupção, mormente aqueles perpetrados pelas pessoas jurídicas em sua relação com a Administração Pública, não se torne em abuso do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado, implicando na violação de direitos fundamentais. Tal cuidado demanda, portanto, uma análise da atual sistemática legal de responsabilização das pessoas jurídicas por seus atos em relação à Administração Pública nacional e, em específico, a forma como se encontra disciplinada tal sistemática no âmbito do processo administrativo sancionador.

---

<sup>3</sup> CARVALHOSA, op. cit.

<sup>4</sup> CARVALHOSA, op. cit..

Em se tratando de processos administrativos sancionadores, as hipóteses de ocorrência ou não da possibilidade de dupla punição pelo mesmo fato devem ser ainda mais aclaradas, com o objetivo de que os custos com a condução de tais processos não sejam desperdiçados com a posterior invalidade dos procedimentos em controle de legalidade, por parte do Poder Judiciário. Para além, a identificação precisa de tais hipóteses possibilita a efetivação de segurança jurídica para a Administração e para o administrado, dando substância à garantia constitucional a um devido processo legal.

Preliminarmente, tem-se por hipótese, nos limites do presente estudo, que a aplicação cumulativa das sanções administrativas sobre uma mesma pessoa jurídica, tendo por base uma mesma conduta e a incidência independente dos paradigmas sancionatórios previstos na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013, especificamente no tocante a condutas que sejam tipificadas enquanto ilícitos que visem frustrar os objetivos da licitação, caracteriza a ocorrência de *bis in idem*.

O presente trabalho pretende, por meio de uma pesquisa epistemológica sobre os fundamentos do processo administrativo sancionador, seus princípios informadores e, especificamente, a natureza e o alcance do princípio do *ne bis in idem* nesta espécie de processo administrativo, traçar uma breve análise sobre a possibilidade de ocorrência de um contexto de dupla punição pelo mesmo fato na aplicação de duas leis federais à conduta de uma mesma pessoa jurídica: a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 12.846/2013. O problema a ser estudado envolve compreender o alcance de um instituto do Direito Penal - o princípio da vedação à dupla punição pelo mesmo fato, expresso pela fórmula latina do *ne bis in idem* - no âmbito do Direito Administrativo punitivo e, especificamente, nos processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Logo, envolve saber o quanto o Direito Administrativo sancionador é informado pelos princípios de Direito Penal.

Compreendido o alcance do princípio nesta esfera, buscar-se-á oferecer uma resposta ao problema de pesquisa, que trata da sucessão de diplomas legais que versam sobre a aplicação de sanções administrativas que, ainda que distintas, podem incidir sobre uma mesma conduta de determinada pessoa jurídica.

Para tanto, analisar-se-ão, no capítulo 1, os sistemas de responsabilização administrativa positivados por cada um destes diplomas legais, no específico tocante da possibilidade de sancionar a conduta de pessoas jurídicas, em decorrência da prática de atos ilícitos que visem frustrar os objetivos da licitação pública.

O capítulo 2 ocupar-se-á da análise da natureza e do alcance do princípio do *ne bis in idem*, em especial aos processos administrativos sancionadores regidos pelos dois diplomas federais, partindo-se da concepção e origem desta garantia até o alcance de seu âmbito protetivo às pessoas jurídicas que se encontrem na condição de acusadas em procedimentos estatais punitivos.

O capítulo 3 exporá a teoria do Direito Administrativo sancionador no ordenamento jurídico brasileiro, analisando as implicações de tal teoria, mormente por meio de seus fundamentos e princípios, sobre a hipótese de trabalho. Abordar-se-á a conformação dos princípios constitucionais e sua incidência sobre o processo administrativo sancionador. Por fim, será realizada uma análise da aplicação do princípio do *ne bis in idem* no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por meio de uma decisão recente desta corte.

## 1 OS SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 8.666/1993 E NA LEI Nº 12.846/2013: CONDUTAS ILÍCITAS E SANÇÕES

Na especificidade do contexto de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção, a questão da possibilidade de ocorrência de *bis in idem* no procedimento administrativo sancionador toma contornos mais nítidos quando se comparam as sistemáticas positivadas pela Lei nº 12.846/2013 e pela Lei nº 8.666/1993. Tais contornos dizem respeito aos atos de corrupção relacionados às condutas das empresas no tocante aos procedimentos licitatórios, mormente quando tais condutas têm por objetivo frustrar os objetivos da licitação pública.

### 1.1 O sistema de responsabilização administrativa da Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993, conhecida como o estatuto das licitações, disciplina as relações contratuais das Administrações Públicas dos entes federados com os particulares contratados. Especificamente, o capítulo IV do diploma legal, intitulado "Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial", traz as seguintes normas atinentes à responsabilização administrativa dos contratados por eventual inexecução ou inadimplemento contratual:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a **Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:**

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (grifo nosso)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

Ocorre que o diploma de licitações, para além da responsabilização dos contratados pela Administração, pessoas naturais ou jurídicas, em relação ao inadimplemento total ou parcial do contrato administrativo, prevê também hipóteses de responsabilização extracontratual<sup>6</sup>, alcançado, inclusive, empresas ou profissionais que sequer foram contratados pela Administração, mas que, entretanto, praticaram condutas atentatórias às avenças regidas pela Lei nº 8.666/1993.

O principal fator de distinção, em relação a tais hipóteses, a caracterizá-las enquanto ilícitos administrativos extracontratuais, tem que ver, precisamente, com a desnecessidade de existência de uma avença administrativa prévia, vinculando, em termos negociais, a pessoa a ser sancionada e a Administração Pública. É dizer: o fundamento a atrair a responsabilização não é um negócio jurídico inadimplido (responsabilidade contratual), mas a existência de um ato ou fato ilícito (responsabilidade extracontratual). Contudo, há doutrina que assevera que, no âmbito do Direito Civil, a famosa distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual tem perdido relevância, em virtude de ser o marco distintivo, para o sistema de responsabilidade regido pelas leis civis, saber-se se a obrigação de indenizar danos é a própria prestação contratual ou um consectário de uma determinada relação jurídica<sup>7</sup>.

Tais hipóteses são as elencadas no art. 88 do diploma de licitações:

**Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:**

**I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;**

**II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;**

**III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (grifo nosso)**<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

Conforme se depreende da leitura destes dispositivos legais, no âmbito do sistema de responsabilização administrativa extracontratual previsto pelo estatuto das licitações, a sanção de suspensão temporária do direito de participar de licitações e o impedimento de contratar com o poder público (art. 87, III, Lei nº 8.666/1993), bem assim a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública (art. 87, IV, Lei nº 8.666/1993) são as únicas reprimendas aplicáveis na hipótese de se constatar a prática das condutas ilícitas contidas no art. 88 da Lei nº 8.666/1993. Importante ressaltar que a doutrina nacional diverge acerca do alcance da eficácia das sanções previstas nestes dispositivos: se restritas à circunscrição da autoridade administrativa sancionadora (Município, Estado ou União) ou se vinculativas de todas as esferas da Administração Pública dos entes da federação brasileira<sup>9</sup>. Contudo, no âmbito do presente estudo, cumpre asseverar que, no caso das hipóteses previstas no art. 88 da Lei nº 8.666/1993, está-se diante de autêntica responsabilização extracontratual, é dizer, diante de situações em que a Administração Pública instaurará um processo ao cabo do qual poderá resultar a aplicação de sanção ao sujeito passivo, tendo como motivo a prática de algum dos ilícitos extracontratuais previstos no referido

---

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. O autor esclarece o seu ponto de vista: "Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento. Para grande parte dos especialistas, o efeito é *restritivo*, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, §1º, I, do Estatuto. Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é *restritivo* para a suspensão e *extensivo* para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à *Administração* – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à *Administração Pública* – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos. Na verdade, não conseguimos convencer-nos, *data venia*, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre *extensivo*. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é uma, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura" (p. 169, itálico no original).

dispositivo. Trata-se, portanto, de hipótese distinta do mero inadimplemento contratual administrativo, seja o descumprimento total ou parcial (art. 87, *caput*, Lei nº 8.666/1993). Deve-se ainda ressaltar que tal processo sancionador, tendo por motivo as hipóteses do art. 88 do estatuto das licitações, pode ser instaurado em face de empresas ou profissionais que sequer celebraram o contrato administrativo, mas cuja conduta mostrou-se violadora de alguma das normas do art. 88 do diploma legal<sup>10</sup>.

## 1.2 O sistema de responsabilização administrativa da Lei nº 12.846/2013

Especificamente em relação à hipótese constante do art. 88, II, Lei nº 8.666/1993 - a possibilidade de se aplicar sanção administrativa à empresa acusada de praticar atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação pública - a edição da Lei nº 12.846/2013 trouxe novas normas atinentes à disciplina de tais situações.

Por meio da Mensagem nº 52/2010, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional a exposição de motivos EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU. A manifestação conjunta dos então titulares da Controladoria Geral da União - CGU, do Ministério da Justiça - MJ e da Advocacia Geral da União - AGU, assim expunha ao Presidente da República a necessidade de edição de diploma normativo que viria a se tornar a Lei nº 12.846/2013, mormente no tocante àquilo que fora percebido como uma lacuna existente no sistema normativo da Lei nº 8.666/1993:

11. Veja-se que a responsabilização de pessoas jurídicas na esfera administrativa não é novidade em nosso sistema jurídico. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, vem sendo aplicada de forma exitosa por meio da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na repressão das infrações contra a ordem econômica. Importante destacar que os bons resultados apresentados por esse Sistema informam a redação de dispositivos da presente proposta legislativa, como os parâmetros monetários para a fixação da multa.

12. Outrossim, embora a sistemática de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas já exista na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as hipóteses de atos lesivos praticados em licitações e contratos administrativos, aquela legislação possui ainda lacunas que urgem ser supridas. **As duas principais lacunas referem-se à previsão das condutas e às sanções.** As condutas mais graves são tratadas apenas na seção sobre crimes da Lei nº 8.666, de 1993, a qual não se aplica à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito, e as

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, op. cit.

sanções aplicáveis à empresa no âmbito da Lei de Licitações não atingem de modo eficaz o seu patrimônio, nem geram o efetivo ressarcimento dos danos causados à Administração Pública (grifo nosso)<sup>11</sup>.

O que se observa, a partir do cotejo do texto atual da Lei nº 12.846/2013, é que as lacunas que foram identificadas pelos então ministros, por meio da exposição de motivos EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, foram, em alguma medida, contempladas pela novel lei da empresa limpa. Referido diploma, por meio de seu art. 6º, positivou as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória, ambas, sanções a serem aplicadas no âmbito da responsabilização administrativa. A par destas, previu também, em seu art. 19, as sanções a serem aplicadas no âmbito da responsabilização judicial, variando estas, desde o perdimento de bens até a dissolução compulsória da personalidade jurídica. Assim dispôs o legislador:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

[...]

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições

---

<sup>11</sup> BRASIL. Poder Executivo. Exposição de motivos EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm)>. Acesso em: 15 out. 2017.

financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos<sup>12</sup>.

Já em relação à lacuna que na EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU fora identificada como um vácuo normativo atinente à previsão de condutas, a Lei Anticorrupção, por meio dos incisos de seu art. 5º, trouxe disciplina normativa elaborada com técnica diversa da adotada pelo legislador de 1993, na oportunidade da elaboração do Estatuto das Licitações. Enquanto o diploma de 1993, ao abordar a hipótese de aplicação de sanção pela prática de atos ilícitos que se mostrassem enquanto condutas que visassem frustrar os objetivos da licitação, positivou tal hipótese de incidência da sanção administrativa com um enunciado bastante vago, constante do art. 88, II, do referido diploma ("tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação"<sup>13</sup>), a Lei nº 12.846/2013 foi um pouco mais minuciosa a este respeito:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; [...].<sup>14</sup>

A tentativa de supressão da referida lacuna, atinente à previsão das condutas aptas a fazer incidir a sanção administrativa sobre pessoas jurídicas, não passou despercebida pela doutrina nacional, de forma que as alíneas "a" a "e" do inciso IV do art. 5º da Lei Anticorrupção positivaram condutas ilícitas que, por sua natureza, tendem a ocorrer durante a realização do procedimento licitatório, em lógica diversa daquela prevista no Estatuto das Licitações, cujo sistema de responsabilização administrativa foi idealizado tendo por norte a inexecução ou o inadimplemento do contrato administrativo adrede celebrado<sup>15</sup>. Já as alíneas "f" e "g" do citado dispositivo remetem claramente a condutas ilícitas que tendem a ocorrer durante a execução da avença administrativa.

O que se observa, portanto, é que a Lei nº 12.846/2013 foi mais explícita que a Lei nº 8.666/1993 ao identificar as condutas ilícitas que tenham como objetivo frustrar os objetivos do procedimento licitatório. Tais objetivos estão referidos no *caput* do art. 3º do Estatuto das Licitações e remetem a: "a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável"<sup>16</sup>. É dizer: os principais objetivos do procedimento licitatório seriam o de garantir que os particulares possam competir em condições isonômicas pela celebração do contrato administrativo com o ente público, bem assim o de garantir que a Administração possa celebrar o contrato nas melhores condições para o atendimento de suas finalidades públicas. Tal constatação é imediatamente apreendida da simples leitura de um conceito de licitação veiculado pela doutrina pátria:

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a **todos os interessados**, que se sujeitem às condições fixadas

---

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, op. cit.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

no instrumento convocatório, a **possibilidade de formularem propostas** dentre as quais **selecionará e aceitará a mais conveniente** para a celebração de contrato (grifo nosso)<sup>17</sup>.

Daí que as condutas descritas nas alíneas "a" a "e" do inciso IV do art. 5º da Lei Anticorrupção são expressas ao definir atos ilícitos que frustram, claramente, tais objetivos, redundando no impacto negativo sobre o caráter competitivo do procedimento (violação ao princípio da isonomia) e na celebração de um contrato que, em virtude dos expedientes ilícitos adotados, acaba se mostrando excessivamente oneroso à Administração (violação ao objetivo de seleção da proposta mais vantajosa).

### *1.2.1 A técnica da tipicidade na Lei nº 12.846/2013*

Ao dispor de forma mais explícita acerca das condutas ilícitas que se mostrariam enquanto atos que visam frustrar os objetivos da licitação, a técnica legislativa utilizada na elaboração do texto normativo da Lei Anticorrupção foi a da tipicidade, técnica essencial para o Direito Penal. Tal técnica é praticamente um corolário do princípio da legalidade, inserto no art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>18</sup> e, mais especificamente, do princípio da legalidade penal, enunciado sob a fórmula "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", inserta no art. 5º, XXXIX, CRFB/1988<sup>19</sup>.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade possui uma de suas hipóteses de incidência mais importantes, precisamente, na utilização da técnica da tipicidade. Na grande maioria dos sistemas penais contemporâneos, os tipos são essencialmente legais, é dizer, somente o legislador pode criar, suprimir ou modificar os tipos penais. Consequência de tal fato é a de que os tipos penais não podem ser

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 373.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 out 2017.

<sup>19</sup> *ibid.*

criados, *v.g.*, por meio do recurso à analogia, não sendo facultado ao juiz criar tipos penais para aplicação aos casos concretos<sup>20</sup>.

Tal constatação remete ao que observara Franz von Liszt, comentando acerca do Direito Penal alemão de fins do século XIX. Segundo o autor, elevar a lei ao *status* de fonte única do Direito Penal, entendido este em seu sentido objetivo, enquanto "conjuncto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime como facto a pena como consequencia"<sup>21</sup>, guarda íntima conexão com o papel que se espera do juiz criminal de uma determinada época. Assim, o princípio da legalidade objetiva, também, que o juiz atue como um aplicador da lei penal, e não enquanto um órgão criador do Direito Penal, em seu aspecto objetivo<sup>22</sup>.

Ademais, os tipos penais não são fruto de uma atividade arbitrária do legislador. São, antes, produto de uma interpretação da realidade por meio da qual o legislador constrói um modelo abstrato, baseado nos dados concretos de sua percepção, o qual pretende tomar forma em comportamentos futuros, quando se constata a presença manifesta daqueles dados ideais descritos pelo tipo. Tal construção normativa tem por objetivo qualificar o significado de uma determinada ação, valorando-a positivamente ou negativamente<sup>23</sup>. Por tal fato, o processo de construção dos tipos penais não se dá de forma aleatória, de modo que "a ordem e o significado são ínsitos à ação, cabendo, por reflexão e abstração, traçar de modo paradigmático o perfil e o sentido do comportamento"<sup>24</sup>.

Cabendo somente à lei dispor acerca das condutas que são proibidas, cujo cometimento importará a incidência de reprimenda estatal, a descrição de tais condutas, em abstrato, por meio dos chamados "tipos" é um recurso essencial para que se possa averiguar a ocorrência do ilícito, em concreto. Daí que, no âmbito do Direito Penal, o tipo, representando a conduta proibida cuja constatação de ocorrência no mundo dos fatos, por meio da técnica da subsunção, fará incidir a consequente sanção penal, é um elemento logicamente necessário, sem o qual a

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>21</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1, p. 1.

<sup>22</sup> LISZT, op. cit.

<sup>23</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

<sup>24</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 136.

averiguação da antijuridicidade e da culpabilidade de uma determinada conduta não se mostraria sequer relevante, visto que não se estaria a individualizar o comportamento ilícito<sup>25</sup>. Destarte, a função do tipo penal é exatamente a de

*delimitar o que é penalmente ilícito do que é penalmente irrelevante, tem o objetivo de dar *garantia* aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito, bem como tem a finalidade de conferir *fundamento* à ilicitude penal. Note-se que o tipo não *cria* a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em *crime* (itálico no original)<sup>26</sup>.*

Quando a EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU remeteu-se à lacuna que intitulou de "previsão das condutas", o que se observa é que a técnica legislativa eleita para preencher tal vácuo normativo, por meio da edição da Lei Anticorrupção, foi a adoção da técnica da tipicidade, instrumento comum no âmbito do Direito Penal material. "Tipo" e "tipicidade" são termos que não devem ser confundidos: aquele se refere à conduta que se encontra positivada em lei, representando um imperativo proibitivo, a cuja violação corresponderá a sanção estatal; já esta, aqui referida como técnica, é a "característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal"<sup>27</sup>.

A importância da adoção da técnica da tipicidade, portanto, reside, precisamente, na natureza essencialmente descritiva do tipo penal, dado que os elementos de descrição são, sem dúvida, de suma importância para que se possa individualizar uma conduta. Dentre estes elementos de descrição, destaca-se a função dos verbos, desempenhando o papel gramatical de remeter a uma determinada ação<sup>28</sup>.

Há ainda que se asseverar que, no âmbito do Direito Penal, o fato típico não se confunde com a ideia do delito ou do crime. Este é referido, por meio de um conceito estratificado, como a conduta que é, ao mesmo tempo, típica, antijurídica e

---

<sup>25</sup> ZAFFARONI, op. cit.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 400.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, op. cit.

culpável<sup>29</sup>. Daí que tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são características que, reunidas, constituem em crime a conduta humana.

Enquanto a tipicidade cumpre o papel de dispor sobre núcleos verbais essencialmente descritivos de ações, a antijuridicidade (ou ainda ilicitude) da conduta emerge, por meio dos elementos normativos da descrição do crime, como uma característica de valoração da conduta que é típica, qualificando-a em estado de desconformidade com o ordenamento jurídico e os bens tutelados pelo Direito Penal<sup>30</sup>. Assim, enquanto "os elementos descritivos são indícios apenas reveladores da antijuridicidade, os elementos normativos são constitutivos dela (da antijuridicidade)"<sup>31</sup>.

Ao adotar a técnica da tipicidade, a Lei Anticorrupção adensou o conteúdo normativo do art. 88, II, da Lei de Licitações. Para além, a adoção de tal técnica permitiu, também, por meio da individualização das condutas, remetendo a núcleos verbais específicos, um incremento à segurança jurídica, representando uma garantia aos destinatários da norma, possibilitando a ciência, com maior grau de clareza, de quais seriam as condutas que visam frustrar os objetivos do procedimento licitatório e que estariam, portanto, vedadas, sob pena de responsabilização administrativa e judicial, conforme previsto pela referida lei.

### **1.3 A sucessão dos sistemas de responsabilização administrativa e o processo administrativo sancionador**

Conforme exposto, ambos os diplomas, a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 12.846/2013, trazem hipóteses de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas. A forma como os ilícitos administrativos foram definidos em cada um dos diplomas legais, contudo, sofreu grande mudança com o advento da Lei Anticorrupção. A Lei nº 8.666/1993, por meio de seu art. 88, elenca hipóteses de responsabilização extracontratual, remetendo, de maneira genérica, por meio do inciso II do art. 88, a "*atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação*". Já a Lei nº 12.846/2013, em seu art. 5º, IV, "a" a "g", traz um extenso elenco de condutas ilícitas que ensejam a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas "no

---

<sup>29</sup> ZAFFARONI, op. cit.

<sup>30</sup> REALE JÚNIOR, op. cit.

<sup>31</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 139.

*tocante a licitações e contratos"*, contudo, utilizando-se da técnica da tipicidade para individualizar as condutas que se mostrariam enquanto atos ilícitos.

Especificamente no tocante à responsabilização administrativa extracontratual, é dizer, o processo administrativo que visa sancionar a conduta da pessoa jurídica por atos ilícitos distintos da inexecução ou inadimplemento, total ou parcial, do contrato administrativo celebrado, alcançando, inclusive, aquelas personalidades jurídicas que sequer celebraram avença administrativa, os tipos de sanções administrativas aplicáveis são distintos entre as duas leis (art. 87, III e IV, Lei nº 8.666/1993 e art. 6º, I e II, Lei nº 12.846/2013). Para o escopo do presente estudo, importa ressaltar disposição expressa veiculada pela Lei nº 12.846/2013, que dispôs:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - **atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (grifo nosso)<sup>32</sup>.

Ao afirmar que a aplicação das sanções previstas pela Lei Anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992, bem assim de atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, o que o legislador está a fazer é, precisamente, autorizar uma múltipla persecução estatal em desfavor da personalidade jurídica, por uma mesma conduta, nas esferas judicial e administrativa.

No escopo do presente trabalho, a análise da possibilidade da ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem* no âmbito desta multiplicidade de processos sancionadores será avaliada, somente, em relação aos processos administrativos

---

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

regidos pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 12.846/2013. Logo, não se aprofundará a análise sobre a possibilidade de ocorrência do mesmo tipo de violação em relação a processos administrativos sancionadores e a processos judiciais, tais quais os regidos pela Lei nº 8.429/1992, bem assim, não será a análise estendida a outros processos administrativos sancionadores, regidos, v.g., pela Lei nº 12.462/2011<sup>33</sup> e pela Lei nº 12.529/2011<sup>34</sup>.

A importância do recorte se dá em virtude da multiplicidade de diplomas que dispõem sobre possibilidade de sancionar a conduta de pessoas jurídicas, em âmbito administrativo ou judicial. Ademais, no âmbito do Estatuto das Licitações e da Lei Anticorrupção, em regra, estar-se-á falando de processos administrativos sancionadores instaurados e julgados por uma mesma autoridade administrativa<sup>35</sup>. Já a Lei nº 12.462/2011 limita-se a tipos específicos de licitações, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, e a Lei nº 12.529/2011 ocupa-se da defesa administrativa da ordem econômica, disciplinando a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, do qual faz parte o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Destarte, está-se, no escopo do presente trabalho, em âmbito de sistemas de responsabilização em que a autoridade competente para proferir a decisão administrativa é aquela do órgão ou entidade

---

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: 29 out 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 29 out 2017.

<sup>35</sup> Ou ainda por autoridades legislativas ou judiciais, contudo, no exercício da função administrativa. É o que se depreende do art. 1º da Lei nº 8.666/1993 ("Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações **no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**") e do art. 8º da Lei nº 12.846/2013 ("Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à **autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa".) (grifo nosso).

responsável pela elaboração do procedimento licitatório, e não uma autoridade com competência exclusiva estabelecida em lei, como no caso do CADE (art. 9º, II, Lei nº 12.529/2011), independentemente do contexto em que ocorrida a infração administrativa.

Do exposto, somente para exemplificar o contexto em que se pode apresentar a questão ora sob análise, pode-se pensar num caso hipotético em que um grupo de empresas decida combinar preços a serem oferecidos em uma determinada licitação pública, com o objetivo de que a empresa a ser contratada possa aferir lucros maiores do que os que seriam devidos em virtude do contrato administrativo, o qual acabará sendo celebrado por valor superior ao real valor de mercado do produto ou serviço a ser contratado pela Administração. Por meio de tal espécie de ajuste, o grupo de empresas poderia combinar qual a empresa a ser contratada em cada licitação pública, implicando, para além do contexto de contratação administrativa com sobrepreço, em claro contexto em que se frustra o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Em tal situação, as condutas das empresas envolvidas no contexto de ajuste mútuo de preços, redundando na contratação da empresa vencedora por preço superior ao ordinariamente praticado no mercado, seriam alcançáveis pela Lei nº 8.666/1993, por meio da norma do art. 88, II, visto tratar-se de condutas claramente violadoras dos objetivos da licitação pública; bem assim, seriam alcançáveis pelo sistema de responsabilização administrativa da Lei nº 12.846/2013, dado que as condutas descritas subsumir-se-iam, claramente, ao tipo constante do art. 5º, IV, "a" ("frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público"); e, por fim, seriam puníveis por meio da Lei nº 12.529/2011, por meio das normas do art. 36, I e §3º, I, "d"<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

[...]

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Portanto, uma questão que se coloca é: especificamente no tocante à responsabilização administrativa por atos ilícitos que visem frustrar os objetivos da licitação, no âmbito dos sistemas de responsabilização administrativa positivados pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 12.846/2013 (art. 88, II, daquela; e art. 5º, IV, "a" a "g", desta), uma mesma pessoa jurídica que se encontre na condição de processada pode sofrer as sanções distintas previstas nos dois diplomas legais, em processos apuratórios distintos, ou estar-se-ia diante de hipótese vedada pelo princípio do *ne bis in idem*? Por se tratar de autêntico direito punitivo, qual o âmbito de incidência dos institutos e garantias do Direito Penal ao processo administrativo sancionador, como a vedação à dupla punição pelo mesmo fato?

## 2 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

### 2.1 Concepção e origens

A garantia expressa pela fórmula latina *ne bis in idem* ou *non bis in idem* é renomada no âmbito dos estudos acerca do Direito Penal material e processual. De maneira bem ampla, o princípio pode ser sintetizado como uma espécie de limitação à atividade estatal, em seu viés punitivo, de forma a garantir que um determinado indivíduo não seja duplamente punido, novamente sancionado, pela prática de uma mesma conduta. A vinculação do princípio ao escopo do Direito Penal, portanto, ganha ares de imediaticidade, visto ser o Direito Penal

o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. [...] A legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na pena. A pena se distingue das restantes sanções jurídicas (distinguindo-se assim a legislação penal das restantes legislações: civil, comercial, trabalhista, administrativa etc.) porque procura conseguir, de forma direta e imediata, que o autor não cometa novos delitos, enquanto as restantes sanções jurídicas têm uma finalidade primordialmente ressarcitória ou reparadora<sup>37</sup>.

Segundo Franz von Liszt, as duas ideias fundamentais do Direito Penal seriam os conceitos de crime, ou delito, e o conceito de pena, esta última, tendo por traço distintivo básico o fato de ser "um mal que o Estado inflige ao culpado"<sup>38</sup>. Em suma, a garantia expressa pela fórmula do *ne bis in idem*, em seus aspectos material e processual, pode ser definida como

acepção semântica [que] já impõe de imediato que se esclareça o que (idem) não deve ser repetido (ne bis). Nessa linha, provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (ne bis) em razão da prática de um mesmo crime (idem). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade

<sup>37</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 84-85.

<sup>38</sup> LISZT, op. cit., p. 2.

que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal<sup>39</sup>.

O princípio que veda à atividade sancionadora estatal a repetição da punição em virtude dos mesmos fatos tem origens distintas nas tradições jurídicas dos sistemas do *common law* e do *civil law*: nestes, a garantia aparece como uma consequência do movimento iluminista, em flagrante contraposição aos processos punitivos regidos pelo princípio inquisitivo<sup>40</sup>, nos quais imperava a máxima do *plus amplement informé*, a qual "facultava a indefinida manutenção de processos em curso ou a reabertura dos que já haviam findado"<sup>41</sup>; naqueles, o *ne bis in idem* advém de uma das mais antigas regras da *common law* inglesa, sintetizada na proibição do *double jeopardy* (duplo risco). Tal vedação relacionava-se aos

"pleitos" (*pleas*) de "absolvição anterior" (*autrefois acquit*) e de "condenação anterior" (*plea of autrefois convict*), que têm suas raízes no princípio de que "nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa"<sup>42</sup>.

Das origens históricas do princípio do *ne bis in idem*, percebe-se que tal garantia foi originariamente prevista como informadora dos procedimentos punitivos do Estado, claramente limitando-os em face da necessidade de preservação das liberdades individuais. Importante ressaltar que há constituições que preveem expressamente a cláusula do *ne bis in idem*, como a Constituição dos Estados Unidos da América, por meio da 5ª emenda ("*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*"<sup>43</sup>), e a Constituição Portuguesa de 1976, por meio do art. 29º, n. 5 ("Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez

<sup>39</sup> TIGRE MAIA, Rodolfo. Rodolfo. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico - Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 4, n.16, p. 11-75, jul./set., 2005, p. 27.

<sup>40</sup> TIGRE MAIA, op. cit.

<sup>41</sup> *ibid.*, p.29.

<sup>42</sup> TIGRE MAIA, op. cit., p. 28.

<sup>43</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States (1787). 5<sup>th</sup> Amendment (1791). Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 02 nov 2017.

pela prática do mesmo crime"<sup>44</sup>). Já em outros ordenamentos jurídicos, tal cláusula, ainda que não expressamente prevista, encontra aplicação, seja como advinda de pactos internacionais, seja como um princípio geral de direito.

Ademais, na qualidade de norma jurídica principiológica<sup>45</sup>, faz-se mister ressaltar que a cláusula do *ne bis in idem* não se esgota na expressão de uma regra de direito, cuja aplicação se dá de maneira disjuntiva, em termos de total incidência ou nenhuma incidência. De modo contrário, a incidência dos princípios é orientada pela lógica da otimização: devem realizar-se na maior extensão possível, em face das condicionantes jurídicas e reais dos casos concretos<sup>46</sup>. Para além, os princípios possuem um grau de abstração superior àquele das regras, ainda quando enunciados por meio de sentenças que se aproximem da forma de imperativos, tais quais as regras. A característica definidora das regras em face dos princípios seria, portanto, de natureza de conteúdo: as regras possuem em seu enunciado uma consequência predeterminada, ao passo em que os princípios são silentes sob tal aspecto<sup>47</sup>. Nenhum deles, princípios ou regras, prescinde do exercício interpretativo do aplicador do direito. Contudo, diferenciam-se no tocante à exigência de tal esforço no momento de sua aplicação<sup>48</sup>.

Portanto, o verdadeiro caráter distintivo dos princípios, em relação às regras, residiria na profundidade do critério interpretativo utilizado para apreender o conteúdo da norma. A este respeito:

Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. [...] Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra. Nessa direção, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. [...] Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação),

<sup>44</sup> PORTUGAL. Constituição (1976). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 nov 2017.

<sup>45</sup> TIGRE MAIA, op. cit.

<sup>46</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>48</sup> ÁVILA, op. cit.

tanto as regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação<sup>49</sup>.

Decerto que princípios e regras desempenham, na qualidade de normas jurídicas, um papel de complementação: as regras, para que possam ser plenamente aplicáveis, dependem da interpretação dos princípios que a elas estejam relacionados; os princípios demandam uma complementação de seu sentido por meio de regras, para que possam ser plenamente aplicados<sup>50</sup>.

A par da distinção relativa ao conteúdo, princípios e regras também podem ser distinguidos mediante um critério relativo ao tipo de razão argumentativa gerado pela norma jurídica. Neste aspecto, os princípios seriam normas jurídicas geradoras de uma razão argumentativa substancial ou finalística, é dizer, seriam normas jurídicas que descrevem um estado de coisas que deve ser promovido, sem, contudo, referir-se a quais seriam os comportamentos necessários a se adotar para realizar tal estado de coisas<sup>51</sup>. Por sua vez, as regras seriam normas jurídicas geradoras de uma razão argumentativa de correção ou autoritativa: a "autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir"<sup>52</sup>.

## 2.2 O princípio do *ne bis in idem* enquanto direito fundamental

Enquanto uma garantia que limita a atuação do Estado frente ao indivíduo, o princípio do *ne bis in idem* insere-se, claramente, no rol dos direitos fundamentais. Tais direitos têm como marca definidora a "primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado"<sup>53</sup>. Inicialmente concebidos como direcionados à soberania estatal, como imperativos de garantia e respeito às liberdades individuais, os direitos fundamentais têm, atualmente, um claro caráter supranacional, dada a sua

---

<sup>49</sup> ÁVILA, op. cit., p. 47-48.

<sup>50</sup> ÁVILA, op. cit.

<sup>51</sup> ÁVILA, op. cit.

<sup>52</sup> ÁVILA, op. cit., p. 49.

<sup>53</sup> MENDES, op. cit., p. 154.

proliferação pelos mais diversos tratados internacionais, afirmando a obrigatoriedade da comunidade jurídica internacional em dar eficácia aos direitos fundamentais<sup>54</sup>.

Dado o seu caráter limitador da própria soberania estatal, os direitos fundamentais são concebidos como próximos da ideia de direito natural, no sentido de independem da atividade de posituação das regras jurídicas, por meio do exercício do poder político estatal, para manifestar a sua eficácia. Destarte, os direitos naturais podem ser entendidos enquanto liberdades fundamentais, e "fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano"<sup>55</sup>. De outra sorte, a existência mesma de qualquer organização política teria por fim a conservação dos direitos fundamentais, enquanto direitos naturais e imprescritíveis do homem, tais quais a liberdade, a propriedade, a segurança e o direito de resistir à opressão<sup>56</sup>. A conservação de tais liberdades fundamentais seria o fundamento moderno da ideia de soberania, de forma que os direitos naturais estariam intimamente relacionados às teorias contratualistas de Estado, principalmente no pensamento político de John Locke<sup>57</sup>. É neste sentido que pode-se afirmar que os "direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como 'reação' às ameaças fundamentais que circundam o homem (: 'direitos do homem') e o cidadão (: 'direitos civis')"<sup>58</sup>.

### 2.3 O princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro

A enunciação dos direitos e garantias fundamentais no corpo do texto da Carta da República de 1988 deu-se por meio de uma técnica, adotada pelo legislador constituinte originário, que consagrou a opção constitucional pela "cláusula aberta" ou "atipicidade" como a marca definidora de tais direitos e garantias fundamentais<sup>59</sup>. Tal constatação advém do exposto teor do art. 5º, §2º, CRFB/1988, que versa:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

---

<sup>54</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 8.

<sup>56</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

<sup>58</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 60.

<sup>59</sup> TIGRE MAIA, op. cit.

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>60</sup>.

Sob tal aspecto, pode-se, portanto, no que concerne à Constituição Federal de 1988, falar-se em "direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista"<sup>61</sup>. É de se observar que a referida técnica da atipicidade no tratamento dos direitos fundamentais não foi inaugurada, no ordenamento brasileiro, pela Constituição de 1988, encontrando previsão, também, por meio da norma do §36 do art. 153 da Constituição de 1969<sup>62</sup>.

A justificativa para a adoção de tal técnica no que concerne a dispor sobre os direitos e garantias fundamentais tem que ver, precisamente, com a constatação de que tais normas jurídicas tutelam bens de tão elevado valor que não se mostraria prudente deixar à inteira disposição do legislador ordinário a possibilidade de restringi-los indeterminadamente, dada sua vinculação direta com o valor da dignidade humana. Daí que direitos "não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise de seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição"<sup>63</sup>.

No tocante à garantia expressa pela fórmula do *ne bis in idem*, seu assento enquanto direito fundamental advém, precisamente, das convenções internacionais sobre direitos humanos ratificadas pela República Federativa do Brasil, mormente o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, internalizado no plano do direito doméstico por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. O primeiro e o segundo dispõem, respectivamente:

ARTIGO 14  
[...]

---

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 out 2017.

<sup>61</sup> MENDES, op. cit., p. 194.

<sup>62</sup> MENDES, op. cit.

<sup>63</sup> MENDES, op. cit., p. 194.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país (sublinhado no original)<sup>64</sup>.

#### ARTIGO 8

[...]

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (sublinhado no original)<sup>65</sup>.

Há também normas infraconstitucionais cujo teor remete ao aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*, mormente aquelas que proíbem a litispendência na persecução penal<sup>66</sup>. A garantia do *ne bis in idem* encontra, também, previsão em outros pactos internacionais, conferindo ao referido princípio um caráter de ubiquidade entre os diferentes ordenamentos jurídicos mundiais, mormente, naqueles comprometidos com a defesa e proeminência dos direitos humanos. Como exemplo, pode-se citar a previsão contida no artigo 4 do protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, também conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem assim no artigo 50 da Carta de Direitos Fundamentais da Europa, disposições relativas ao princípio do *ne bis in idem* às quais o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já atribuiu o *status* de princípio fundamental da comunidade europeia<sup>67</sup>.

Portanto, não há dúvida acerca da incidência da garantia do *ne bis in idem* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, visto que, ainda que não expressamente previsto em uma norma constitucional de direito fundamental, o princípio encontra previsão expressa em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 02 nov 2017.

<sup>65</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em 02 nov 2017.

<sup>66</sup> TIGRE MAIA, op. cit.

<sup>67</sup> WILS, Wouter P.J. The principle of 'ne bis in idem' in EC antitrust enforcement : a legal and economic analysis. **World Competition**. Amsterdã: Kluwer Law International, 2003, v. 26, n. 2, p. 131-148.

## 2.4 O *ne bis in idem* enquanto direito fundamental e a proteção à pessoa jurídica

Veza que caracterizado enquanto direito fundamental, resta saber o alcance do princípio do *ne bis in idem* em relação aos procedimentos punitivos que têm por objeto a conduta de pessoas jurídicas. Ainda que tenham por objeto, em sua origem, a pessoa física, não há óbice para se reconhecer a titularidade de direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. Enquanto verdadeiros limitadores da atividade estatal, os direitos fundamentais irradiam seu manto de proteção às pessoas jurídicas, desde que os direitos fundamentais em questão possam ser exercidos por estas entidades<sup>68</sup>.

Assim, o direito fundamental de proteção à honra e à imagem, por exemplo, é de titularidade, também, das pessoas jurídicas. Já as garantias fundamentais que têm por objeto a prisão, por sua própria natureza, não podem ter como titulares os entes morais. Convém observar que, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, devido à natureza mesma destes, destaca-se a perfeita incidência das garantias processuais às personalidades jurídicas<sup>69</sup>.

Neste contexto, o princípio do *ne bis in idem* coloca-se como uma garantia fundamental de forte caráter processual, visto que, ao tempo em que veda a dupla punição pela mesma conduta, veda também o duplo processamento pela mesma acusação. A própria vedação ao *double jeopardy*, na Constituição americana, foi formalizada enquanto uma garantia de natureza eminentemente processual, ou seja, como garantia processual vinculada à garantia do devido processo legal<sup>70</sup>. Sobre esta última garantia, convém anotar que

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que

---

<sup>68</sup> MENDES, op. cit.

<sup>69</sup> MENDES, op. cit.

<sup>70</sup> TIGRE MAIA, op. cit.

traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas<sup>71</sup>.

Como norma informadora das demais regras de direito atinentes ao processo, o princípio que veda a dupla punição pelo mesmo fato não tem por que ser afastado no que concerne à tutela dos interesses das pessoas jurídicas. A garantia do *ne bis in idem* insere-se como princípio informativo que se liga ao Direito Penal de maneira praticamente imediata, dado estar positivado no ordenamento pátrio por meio de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Contudo, para o escopo do presente estudo, importa aclarar a incidência de tal garantia num contexto específico de exercício do *jus puniendi* estatal: o Direito Administrativo sancionador. É que, no âmbito administrativo, o exercício do *jus puniendi* estatal se dá de maneira multifacetária, diferentemente do que ocorre na seara penal propriamente dita. A esse respeito:

Diga-se que o Direito Administrativo Sancionador pode incidir, portanto, em campos distintos, v.g., ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado. É muito mais amplo do que o Direito Penal, dado que inclusive atua como instrumento repressivo de múltiplos órgãos e entidades, diferentemente do que ocorre com o Direito Criminal. É natural que a diversidade dos regimes jurídicos induza a uma idéia de falta de unidade dogmática, decorrente da fragmentação dos direitos em jogo. São áreas muito distintas, cobertas por normativas variadas e multiplicadas pelo pacto federativo, a ensejar variação enorme dos direitos dos acusados<sup>72</sup>.

A compreensão da medida em que é informado o Direito Administrativo sancionador pelos princípios e garantias consagrados no âmbito do Direito Penal demanda estudo e esclarecimento. No específico mister dos paradigmas sancionatórios positivados pela Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 12.846/2013, há de se indagar se é coerente com o conjunto de garantias constitucionais o duplo processamento da pessoa jurídica por um mesmo fato, especialmente quando está-se tratando de um ilícito extracontratual relacionado às licitações e contratos

---

<sup>71</sup> MENDES, op. cit., p. 592.

<sup>72</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

administrativos. Há quem entenda que a liberdade de conformação do legislador ordinário para criar ilícitos em diversos ramos do direito afastaria a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* no contexto sancionatório administrativo ora em comento, desde que as sanções previstas nos distintos diplomas legais não sejam idênticas e haja expressa previsão legislativa para a cumulação de sanções, como ocorre no caso da Lei nº 12.846, por meio da norma do art. 30 do diploma legal<sup>73</sup>. Em sentido oposto, há quem entenda que a simples possibilidade de aplicação de sanções múltiplas na esfera administrativa, tendo por base os mesmos fatos, seria vedada pelo princípio do *ne bis in idem*<sup>74</sup>.

Destarte, uma análise acerca da incidência dos princípios e garantias normalmente atreladas ao Direito Penal sobre o processo administrativo sancionador, como espécie do gênero "processo punitivo", mormente a garantia expressa pela fórmula do *ne bis in idem*, se faz necessária.

---

<sup>73</sup> CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

<sup>74</sup> CARVALHO, Érica Mendes de e outros, 2013 *apud* SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, ORG. **Lei anticorrupção**. Salvador: Editora Jus Podium, 2015, p. 131-178.

### 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### 3.1 Concepção

A noção de Direito Administrativo remonta às revoluções inspiradas pelo liberalismo político do século XVIII, por meio das quais se buscou a superação do chamado "Estado de polícia", vigente no contexto do despotismo esclarecido, e sua substituição pelo "Estado de Direito". A noção de "Estado de Direito", calcada no princípio da legalidade, implica na submissão do poder político às normas jurídicas, de tal forma que os negócios de governo não podem se dar ao alvedrio dos administradores públicos, devendo realizar-se tendo por norte o bem da coletividade, representado, este, pela famosa locução "interesse público". Tal concepção é, antes de tudo, por um lado, uma consequência da doutrina da separação de poderes, inspiradora do movimento revolucionário francês de 1789 e, por outro, conseqüência da concepção revolucionária de lei enquanto manifestação de uma vontade geral<sup>75</sup>.

O conceito de interesse público é basilar para toda a formação do Direito Administrativo, sendo, inclusive, a razão de ser dos poderes da Administração<sup>76</sup>. Neste aspecto, importa ressaltar que o interesse público não é uma categoria que se encontra em contradição com os interesses particulares de cada indivíduo. Para os fins do Direito Administrativo, o conceito de interesse público pode ser definido como

o interesse do todo, do conjunto social, [...] a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. [...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

<sup>76</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60-62.

Contudo, o conceito de Direito Administrativo não implica, tão somente, a necessária submissão da atividade de administração dos negócios regidos pelo interesse público, personificada na Administração Pública, entendida tanto no sentido funcional (das atividades que desempenha) quanto no sentido orgânico (das estruturas pelas quais é composta), às normas jurídicas editadas pelo Poder Legislativo. Tal conceito implica também na existência de um conjunto, um sistema de normas jurídicas especiais, voltadas a reger atividade da Administração Pública de forma distinta da regência geral das atividades particulares por meio do Direito Civil. Tal fato não implica em que a Administração não seja regida pelo Direito Civil: ela o será quando praticar atos negociais típicos de particulares; contudo, ao praticar os atos qualificados pelo objetivo de satisfazer os interesses e as necessidades da coletividade dos cidadãos do Estado, o fará sob a regência do Direito Administrativo<sup>78</sup>. Portanto, em sentido amplo, o Direito Administrativo pode ser entendido como "o conjunto das regras jurídicas distintas das do direito privado que regem a actividade administrativa das pessoas públicas"<sup>79</sup>.

O conjunto normativo que compõe o Direito Administrativo, considerado em seus princípios e regras, mostra-se, portanto, como um ramo do Direito Público Interno de cada Estado. Assim sendo, os princípios jurídicos que informam o Direito Administrativo apresentam um recorte que lhes é próprio, dada a natureza da atividade da Administração Pública. Contudo, os princípios incidentes sobre os demais ramos do direito também se manifestam no ramo do Direito Administrativo, sem, contudo, elidir-lhe a autonomia enquanto setor da ciência jurídica<sup>80</sup>. Como consequência, pode-se dizer que o Direito Administrativo é informado, simultaneamente, pelos princípios gerais do direito, comuns a outros ramos da ciência jurídica; pelos princípios publicísticos, informadores dos ramos do Direito Público, e pelos princípios setoriais do Direito Administrativo<sup>81</sup>. Sobre os últimos, convém anotar tratar-se de "conjunto de cânones ou proposições que informam este

---

<sup>78</sup> RIVERO, op. cit.

<sup>79</sup> RIVERO, op. cit., p. 25.

<sup>80</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: vol X princípios de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 10 v.

<sup>81</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit.

setor da ciência jurídica [o Direito Administrativo], dando-lhe autonomia e impedindo que se confunda com outros setores"<sup>82</sup>.

Para que possa cumprir com as finalidades exigidas pelo interesse público, a Administração Pública lança mão de um amplo e heterogêneo espectro de atividades. Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que as atividades administrativas, em que pese a sua diversificação, podem, contudo, ser agrupadas em categorias que apresentem afinidades jurídicas. Para o autor, tais categorias seriam: i) os serviços públicos; ii) a intervenção do Estado no domínio econômico e social; iii) as limitações administrativas à liberdade e à propriedade - normalmente chamadas de "poder de polícia", no direito brasileiro; iv) os sacrifícios de direito - categoria na qual o autor inclui a desapropriação, a servidão administrativa e a requisição; v) as atividades de gestão dos bens públicos; e vi) a imposição de sanções previstas para as infrações administrativas<sup>83</sup>.

A atividade administrativa de "imposição de sanções previstas para as infrações administrativas", conforme exposto por Bandeira de Mello, representa a atuação da Administração Pública por meio das normas jurídicas de Direito Administrativo Sancionador, visto que tal atividade pode ser definida como o proceder por meio do qual a Administração

cumprir uma função intimidativa e exemplar para que sejam desestimuladas as condutas que atentam contra a boa ordem administrativa, sejam elas fruto de violação das [...] limitações administrativas à liberdade e à propriedade legalmente estabelecidas, sejam elas fruto de desobediência a normas que hajam decorrido das relações específicas que hajam sido travadas entre a Administração e determinados administrados<sup>84</sup>.

A atividade de aplicação de sanções aos administrados, por parte da Administração Pública, não se constitui em um fenômeno moderno. Deve-se considerar que, historicamente, antes do triunfo da teoria da separação dos poderes do Estado nas revoluções constitucionais e a emergência mesmo do Estado de Direito, o Poder Judiciário não existia como uma repartição autônoma da soberania

---

<sup>82</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 2.

<sup>83</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 686-687.

estatal, de forma que o Poder Executivo detinha funções sancionadoras e repressivas do comportamento individual, cabendo ao agente do Poder Executivo "também julgar as desobediências e desatendimentos a seus comandos"<sup>85</sup>.

Há também razões bastante atuais para que as normas sancionadoras componham o arcabouço do Direito Administrativo, mormente no tocante ao dinamismo deste em comparação ao Direito Penal. A este respeito, comenta Eduardo Cordero Quizacara:

Hay diversos factores que han determinado la persistencia y crecimiento de un poder punitivo en manos de la Administración, en donde la doctrina y la literatura especializada han dado cuenta con detalle de fenómeno. No es solo una cuestión de carácter histórico que permite explicar su existencia, ya que también existe una determinación expresa del legislador en orden a seguir por dicho camino, con el objeto de asegurar una intervención oportuna y eficaz de los órganos del Estado mediante la Administración frente a los riesgos y peligros que conlleva una sociedad más compleja y con una capacidad de obrar y, en su caso, de generar una situación de peligro inimaginable en la historia de la civilización. Por lo tanto, no es solo que hayan quedado desperdigadas algunas normas heredadas del antiguo régimen que entregan a la Administración estos poderes punitivos. Corresponde a una necesidad creciente, frente a un aparato judicial cuya capacidad se encuentra superada para asegurar una actuación oportuna de los poderes públicos frente a las conductas que se desencadenan al interior de la sociedad<sup>86</sup>.

Fábio Medina Osório esclarece que o Direito Administrativo Sancionador, composto pelas normas que regem o poder de aplicar sanções da Administração Pública, insere-se no gênero "Direito Público Punitivo", mostrando-se enquanto espécie deste ramo jurídico, a par do Direito Penal. Segundo o autor, historicamente, é possível traçar a origem do poder sancionador da Administração Pública a partir do poder de polícia, contudo, atualmente não mais se confundido com este poder, visto que o poder sancionador "derivou do poder de polícia, dele se tornando autônomo, para adquirir contornos jurídicos mais próximos ao Direito Penal"<sup>87</sup>. A razão para tanto se encontraria no elemento teleológico da sanção administrativa, qual seja,

---

<sup>85</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 91.

<sup>86</sup> QUINZACARA, Eduardo Cordero. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. **Revista de Derecho**. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, v. XXV, n. 2, p. 131-157, dez., 2012, p. 133.

<sup>87</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 111.

intimidar e reprimir, ao passo em que as medidas de polícia podem apresentar um caráter preventivo.

Neste sentido, é de se considerar que as medidas de polícia, ao condicionar o exercício de liberdades e direitos, concatenando-os com a preservação do interesse público e contendo os abusos do direito individual, diferem das sanções administrativas, as quais implicam, uma vez verificada a conduta que se caracteriza enquanto infração administrativa, em "privação de direitos preexistentes ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo finalístico intimidatório e repressivo"<sup>88</sup>.

Do exposto, o que se observa é que o Direito Administrativo Sancionador, entendido como o conjunto de normas jurídicas de Direito Administrativo que disciplinam o exercício do poder punitivo por parte da Administração Pública, apresenta uma grande afinidade com o Direito Penal. A marca distintiva do Direito Administrativo Sancionador, em comparação ao Direito Penal, portanto, reside, precisamente, na definição da sanção administrativa e em sua distinção da sanção penal<sup>89</sup>.

### 3.1.1 O conceito de sanção administrativa

Um conceito de sanção administrativa, que articula os elementos de finalidade intimidatória e repressora da reprimenda estatal, pode ser encontrado na obra de Eduardo García de Enterría. Discorrendo sobre o poder sancionador da Administração Pública espanhola, o autor dispõe que

Por sanción entedemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en lá privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa [...]. **Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; estas, los Tribunales penales** (grifo nosso)<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 109.

<sup>89</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>90</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 10 ed. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2006, v. 2, p. 165.

O administrativista espanhol complementa o conceito afirmando que, por sua natureza intrínseca - o ato de o Estado infligir ao cidadão um determinado mal -, aparentemente, não há qualquer razão para distinguir as sanções administrativas das sanções penais. Quinzacara complementa tal tese, trazendo, inclusive, dados históricos a respeito, afirmando que

El análisis histórico y comparado pone de relieve que muchas veces una acción criminal es tratada en otro tiempo y lugar como infracción administrativa, por tal razón Merkl afirma que esta circunstancia da cuenta que la configuración de una y otra depende siempre de la libre disposición del legislador y, por tanto, se pierden inútiles esfuerzos tratando de determinar qué figuras delictivas corresponden al Derecho penal criminal y cuáles al Derecho penal administrativo<sup>91</sup>.

Contudo, do ponto de vista dos aspectos materiais das sanções, dado que o elemento central de definição da sanção administrativa seria de natureza formal - é a Administração Pública, e não os tribunais penais quem aplica a sanção - García de Enterría observa que somente as sanções penais podem carrear a eficácia de privação da liberdade de locomoção e privativas de outros direitos civis e políticos, embora reconheça que, no âmbito do ordenamento espanhol, a Administração possa impor penas restritivas do direito de o particular com ela contratar. Sob tal perspectiva, o autor afirma que todos os esforços para conferir às sanções administrativas alguma justificativa teórica e substância própria e única, como um elemento de distinção deste tipo de sanção, fracassaram. Assim, somente razões de política criminal explicariam a opção do legislador espanhol em se utilizar da via repressiva administrativa ou da via repressiva penal<sup>92</sup>.

O posicionamento de García de Enterría acerca da identidade material entre as sanções penais e as sanções administrativas é compartilhado por Fábio Medina Osório. Este último autor traça um breve histórico acerca dos esforços doutrinários em tentar estremar, por sua natureza, estas espécies de sanções. Para tanto, já se argumentou que as sanções penais se distinguiriam das administrativas por um critério de conteúdo, por meio do qual as normas penais apresentariam um espectro de proteção amplo e global, regulando toda a sociedade, ao passo em que as

---

<sup>91</sup> QUIZACARA, op. cit., p.139.

<sup>92</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit.

normas administrativas sancionadoras estariam voltadas à exclusiva proteção dos interesses e valores da Administração Pública<sup>93</sup>. Contudo, tal critério, focado no conteúdo da norma proibitiva, não se sustentaria em virtude de que

a submissão da Administração Pública às leis e ao direito, numa fórmula crescentemente abrangente e condicionante, impede que se reconheça um suposto ordenamento particular do Estado ou de suas Administrações Públicas como objeto exclusivo de proteção do Direito Administrativo, derrubando-se a antiga tese de que esse ramo jurídico, em sua vertente sancionadora, teria por objeto a proteção do ordenamento interno da Administração, ao passo que o direito penal teria a incumbência de proteção do ordenamento externo ou social<sup>94</sup>.

Um segundo critério utilizado para tentar refutar a identidade material entre as sanções administrativas e as sanções penais seria um critério qualitativo, segundo o qual a sanção administrativa seria aplicada no exercício da função estatal administrativa, ao passo em que a sanção penal seria aplicada no exercício da função estatal judicante. Assim, o poder sancionador da Administração comporia o exercício da função administrativa, enquanto o poder sancionador penal estaria localizado no exercício da função estatal jurisdicional. Segundo Osório, este critério também falha em diferenciar a natureza das sanções administrativas e penais, vez que

as sanções administrativas podem cumprir funções idênticas às funções penais, restaurando a paz no ordenamento jurídico e punindo o transgressor. Ademais, não se poderia dizer que a sanção administrativa preencha os clássicos requisitos, invariavelmente, das funções administrativas, até porque é possível outorgar aos juízes essas tarefas repressoras, o que revela claramente que não se trata, invariavelmente, de funções administrativas. E mais: nem sempre esse tipo de sanção estará a serviço de funções administrativas *stricto sensu*, pois pode ocorrer que se trate apenas de uma global regulação de importantes relações sociais, com o objetivo de reforçar a proteção de valores inerentes à ordem jurídica. Por múltiplos aspectos e razões, não se pode aceitar um critério puramente formal para apartar sanções administrativas e penais, como se fossem medidas associadas de modo indissolúvel às respectivas funções administrativas e jurisdicionais do Estado (itálico no original)<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>94</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 122.

<sup>95</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 122.

Por fim, um terceiro critério diferenciador das sanções administrativas e penais seria o critério da amoralidade, segundo o qual as infrações penais seriam ilícitos valorados negativamente de um ponto de vista moral, ao tempo em que os ilícitos administrativos careceriam de qualquer valoração neste sentido, mostrando-se enquanto ilícitos amorais. O fracasso deste último critério residiria no fato de o Direito Penal passar a tutelar, progressivamente, interesses coletivos e difusos, criando normas proibitivas, inclusive, de crimes de mera conduta, demonstrando uma crescente preocupação do Direito Penal com a efetivação da defesa dos direitos constitucionais, em lugar da justificação moral de suas normas proibitivas. No mesmo sentido, não existe qualquer óbice para que as normas de Direito Administrativo tutelem valores éticos<sup>96</sup>.

Por seu turno, Quinzacara observa que a doutrina alemã procurou, em um esforço que se demonstrou ineficiente, estreitar as sanções administrativas das sanções penais de um ponto de vista do risco gerado pela conduta ilícita. Assim, os ilícitos administrativos se constituiriam em fatores gerados de apenas um risco para o direito tutelado, ao passo que os ilícitos penais representariam uma efetiva lesão a tais bens jurídicos, implicando, assim, numa distinção embasada em "injustos reais" e "injustos possíveis"<sup>97</sup>. Contudo, o autor observa que a doutrina alemã acabou posicionando-se no sentido de que

No obstante, en definitiva la doctrina terminó negando la existencia de un derecho penal de policía distinto del criminal. Así, Binding denominó a la legislación de policía como "auténtica legislación penal", centrado en la idea que el derecho penal castiga determinadas acciones por atacar un bien jurídicamente protegido, de lo cual no escapa el derecho penal de policía<sup>98</sup>.

O estudo do Direito Administrativo Sancionador, no âmbito pátrio, é marcado pelo que Fábio Medina Osório alcunhou de "déficit dogmático", não havendo um sólido corpo doutrinário sistematizado acerca dos institutos, natureza e alcance deste ramo do Direito Administrativo e, conforme anteriormente abordado, espécie

---

<sup>96</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>97</sup> QUINZACARA, op. cit.

<sup>98</sup> QUINZACARA, op. cit., p. 135.

de Direito Público Punitivo<sup>99</sup>, em suas especificidades e condicionantes, relacionadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor, devido à influência do Direito Administrativo de matriz europeia sobre o Direito Administrativo brasileiro, é de se esperar que a doutrina pátria encontre arrimo nas concepções produzidas na Europa continental sobre este ramo do Direito Administrativo.

Contudo, Fábio Medina Osório sustenta a inadequação de adotar-se o conceito de sanção administrativa, conforme produzido pelos doutrinadores do direito europeu continental, no âmbito brasileiro, tendo por fundamento o fato de que, no Brasil, inexistente jurisdição administrativa, como ocorre na Europa, em especial nos ordenamentos jurídicos influenciados pelo Direito Administrativo de origem francesa<sup>100</sup>. Portanto, no Brasil, o Direito Administrativo não "nasce e se desenvolve com o exclusivo fito de configurar Estatuto da Administração Pública"<sup>101</sup>.

Segundo Fábio Medina Osório, o conceito tipicamente europeu de sanção administrativa, do qual a tradição jurídica brasileira se mostra como herdeira, sustenta-se sobre quatro elementos fundamentais: i) a autoridade administrativa como o ente estatal que aplica a sanção, representando tal característica o elemento subjetivo; ii) o efeito aflagante da medida sancionatória, que pode se mostrar enquanto privação de direitos preexistentes ou imposição de novos deveres; iii) a finalidade repressora da sanção, representada esta enquanto elemento teleológico, que tem por objetivo a repressão de uma determinada conduta e o restabelecimento da ordem jurídica; e iv) a natureza administrativa do procedimento ao cabo do qual pode resultar a aplicação da sanção administrativa, representando tal característica o elemento formal do conceito<sup>102</sup>.

Ao abordar cada um destes elementos compositores da definição de sanção administrativa no âmbito do direito europeu continental, o administrativista brasileiro entende que, no caso de uma definição de sanção administrativa embasada no ordenamento jurídico brasileiro, o elemento subjetivo do conceito, segundo o qual a autoridade administrativa deve necessariamente figurar como o ente estatal do qual emana a medida sancionatória, não se configura enquanto um elemento

---

<sup>99</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>100</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>101</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 90.

<sup>102</sup> OSÓRIO, op. cit.

imprescindível para a caracterização de sanção administrativa no ordenamento pátrio. Tal seria devido diante da constatação da inexistência de jurisdição administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, à diferença de vários ordenamentos jurídicos da Europa continental<sup>103</sup>. Destarte, para este doutrinador

A Administração Pública pode ser vítima de ataques a bens jurídicos por ela protegidos ou que digam respeito à sua existência, assumindo posições diversificadas na perspectiva processual, ora como promotora de acusações, ora como vítima de ilícitos, ora nessa dúplice condição simultaneamente. No patamar de vítima, pode ocorrer que a Administração não disponha da titularidade para determinado processo punitivo, não obstante tratar-se de interesses seus e da sociedade que estejam em jogo. Em tal situação, vale frisar que o Estado-Administrador ainda recebe a tutela do Direito Administrativo, embora sua operacionalização possa ocorrer através do Poder Judiciário e de instituições como o Ministério Público. Esta será uma deliberação do legislador, que ostenta competências soberanas e discricionárias para tanto. Segundo se percebe, em realidade cabe ao legislador outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções<sup>104</sup>.

Portanto, tal concepção de sanção administrativa tende a privilegiar a incidência de normas de Direito Administrativo em seu aspecto material, não se mostrando indispensável para a caracterização deste tipo de sanção, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que ela seja aplicada por algum órgão da Administração Pública, característica, esta última, que se sustenta sobre uma concepção de incidência de normas de Direito Administrativo em seu aspecto processual<sup>105</sup>.

Contudo, é de se observar que a proposta teórica de Fábio Medina Osório, acerca do conceito de sanção administrativa, não é unanimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao reconhecer a aproximação das sanções administrativas com as sanções penais, devido à sua natureza aflitiva e repressora, afirma não haver qualquer distinção, em termos substanciais, destas com aquelas. Para este autor, o critério para distinguir as sanções administrativas das sanções penais seria, precisamente, a presença da autoridade administrativa na

---

<sup>103</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>104</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 94.

<sup>105</sup> OSÓRIO, op. cit.

relação jurídica, enquanto competente para a aplicação da sanção<sup>106</sup>, posição idêntica ao conceito europeu continental de sanção administrativa.

Nada obstante, Celso Antônio Bandeira de Mello também reconhece a atuação do Poder Judiciário enquanto operacionalizador da sanção administrativa, dada a referida ausência de jurisdição administrativa no Brasil. Contudo, para este célebre administrativista, a atuação do Poder Judiciário, no tocante ao Direito Administrativo Sancionador, não se dá no momento da constituição da sanção administrativa, mas no momento de sua execução, caso não seja espontaneamente cumprida pelo administrado<sup>107</sup>. Esta uma diferença marcante entre as concepções teóricas de Fábio Medina Osório e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Destarte, cumpre explicitar que, para Bandeira de Mello, a sanção administrativa é

a **providência gravosa** prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa **cuja imposição é da alçada da própria Administração**. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada (grifo nosso)<sup>108</sup>.

Já para Fábio Medina Osório, conforme anteriormente assinalado, o conceito de sanção administrativa, tendo em conta a necessidade de uma elaboração teórica consentânea com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, visto a inexistência de jurisdição administrativa no nosso Estado, dispensa a presença da autoridade administrativa como entidade estatal responsável pela aplicação da sanção. O caráter administrativo da sanção, destarte, seria configurado pela incidência de normas de Direito Administrativo material na relação jurídica da qual a aplicação da sanção se mostra uma consequência do ato ilícito perpetrado pelo particular, podendo tal reprimenda ser manejada por órgãos do Poder Judiciário, inclusive, no exercício da função judicante.

---

<sup>106</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

<sup>107</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

<sup>108</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 866.

Destarte, para o autor, a aplicação da sanção administrativa não se dá exclusivamente no exercício da função administrativa pelos órgãos dos Poderes da República, representando tal característica a principal divergência em relação à concepção europeia de sanção administrativa, na esteira da qual Bandeira de Mello formula sua proposta conceitual. Conforme acentuado, para Fábio Medina Osório, o critério definidor da sanção administrativa seria a tutela dos valores protegidos pelo Direito Administrativo, seja tal tutela, em seu aspecto processual, exercida por um órgão administrativo, na função administrativa, seja exercida por um órgão judicial, no manejo da função judicante. Importa, pois, apenas que a lei tenha outorgado às autoridades judiciais a competência para a aplicação de tais medidas repressivas de Direito Administrativo. Assim, o conceito de sanção administrativa pode ser enunciado como

um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (itálico no original)<sup>109</sup>.

Neste ponto, importa ressaltar que, nada obstante as profundas consequências nas quais a divergência de concepção de sanção administrativa na doutrina pátria pode implicar, para os fins do presente trabalho, tal desacordo teórico não projeta maiores efeitos. Tal se deve pelo fato de que o recorte metodológico ora adotado compara a aplicação de sanções administrativas somente por autoridades administrativas, conforme explicitado ao longo do capítulo 1.

Ademais, importa ressaltar que, apesar da existência de diferentes concepções de sanção administrativa, tais concepções são concordes quanto a um aspecto fundamental: o elemento teleológico do conceito, no caso, sua finalidade punitiva, alçado por Fábio Medina Osório como o "elemento central do conceito de sanção administrativa"<sup>110</sup>. Tal acordo teórico aproxima, inclusive, as concepções

---

<sup>109</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 106-107.

<sup>110</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 103.

divergentes de sanção administrativa a convergirem para a constatação de que, de um aspecto substancial, enquanto reprimenda estatal aplicada a um determinado indivíduo, não há qualquer distinção, em termos de natureza, entre as sanções administrativas e as sanções penais. Tal acordo é, inclusive, compartilhado pelas concepções europeias, nos sistemas onde há a jurisdição administrativa.

Portanto, sobressai a importância de se averiguar a incidência dos princípios do Direito Penal ao âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador, sendo indiferente, sob tal perspectiva, se a sanção administrativa, tendo por fundamento legal de incidência normas de Direito Administrativo, será aplicada por autoridade administrativa ou autoridade judiciária.

### **3.2 Princípios do Processo Administrativo Sancionador**

O processo administrativo sancionador pode ser entendido como o procedimento por meio do qual a Administração Pública, considerada tanto em sentido material quanto em sentido processual, aplica a sanção administrativa ao processado ao qual se imputa a prática de um ilícito administrativo. Trata-se, portanto, dos "procedimentos, ritos e formas ordenadas que conduzem e presidem a pretensão punitiva do Estado"<sup>111</sup>. No âmbito do presente estudo, considerar-se-á o processo administrativo sancionador como espécie de processo administrativo, excluindo-se, destarte, os processos nos quais, ainda que se veicule uma pretensão punitiva fundada no Direito Administrativo, a aplicação da sanção cabe a uma autoridade judiciária. Destarte, no caso da presente investigação, as possibilidades analisadas de processo administrativo sancionador contarão sempre com a autoridade administrativa como o elemento subjetivo da definição de sanção administrativa.

Marcello Caetano define o processo administrativo sancionador como uma subespécie do processo administrativo misto, definido, este último, como o processo administrativo no qual a Administração não atua simplesmente de maneira oficiosa,

---

<sup>111</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 407.

dependendo, portanto, da participação processual do administrado para ter o seu curso regular<sup>112</sup>. Para o autor

Os processos sancionadores (processos de transgressão e processos disciplinares) são de caráter misto visto neles a iniciativa da Administração se exercer para cumprir a lei ou assegurar a boa ordem dos serviços, mas pondo em causa um particular a quem se tem de assegurar o direito de defesa<sup>113</sup>.

Dada a referida identidade material entre a sanção penal e a sanção administrativa, ambas entendidas como uma espécie de mal que o Estado inflige a um particular, é natural que os princípios do processo penal manifestem alguma incidência no campo do processo administrativo sancionador. Fábio Medina Osório sustenta ser possível, inclusive, falar-se em um "conjunto específico de normas processuais agrupáveis debaixo da categoria que se pode designar como Direito Processual Punitivo"<sup>114</sup>. Nesta categoria, estariam reunidos o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual Judiciário e o Direito Processual Penal, este último como fonte de garantias, regras e princípios.

Importa ressaltar que os princípios constitucionais exercem um papel predominante na conformação de todas as normas jurídicas do ordenamento nacional, não sendo diferente em relação ao Direito Administrativo. A própria norma constante do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, para ficar apenas em um exemplo, ao estatuir que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"<sup>115</sup>, não deixa dúvidas acerca da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos e, mormente, nos processos administrativos sancionatórios.

Gustavo Binenbojm, ao remeter ao fato de que a Constituição de 1988 tratou de maneira expressa acerca dos princípios da Administração Pública, ainda que o tenha feito em uma perspectiva mais corporativa do que garantística, refere que se

---

<sup>112</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

<sup>113</sup> CAETANO, op. cit., p. 1194.

<sup>114</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 408.

<sup>115</sup> BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 out 2017.

operou um fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo<sup>116</sup>. Segundo o autor, a conformação das normas de Direito Administrativo pela incidência dos princípios constitucionais possibilitaria falar-se em uma convação da legalidade em juridicidade administrativa, vez que

A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. [...] Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. [...] o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública<sup>117</sup>.

Assim, como princípios conformadores da atuação administrativa no âmbito do processo administrativo sancionador, estariam a incidir vários dos princípios encartados na Constituição da República, bem assim aqueles informadores dos processos públicos punitivos em geral, quer tenham previsão expressa na Carta Magna, quer decorram do regime de direitos e garantias por ela adotado, como o caso, anteriormente exposto, do princípio do *ne bis in idem*.

Decerto que a incidência dos princípios constitucionais ao processo administrativo sancionador conformam esta espécie de atividade administrativa no tocante ao fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes uma eficácia que vede à atividade sancionatória da Administração esvaziar os núcleos essenciais destes direitos e garantias. A necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é, inclusive, fundamento para a aplicação da técnica denominada "juízo de ponderação", no caso da colisão entre estes direitos. Tal técnica liga-se, diretamente, ao princípio da proporcionalidade, o qual integra o

---

<sup>116</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>117</sup> BINENBOJM, op. cit, p. 70-71.

ordenamento jurídico-constitucional brasileiro a partir da garantia do devido processo legal<sup>118</sup>.

Dentre os princípios constitucionais incidentes sobre a atividade sancionatória da Administração Pública, Fábio Medina Osório destaca os princípios do devido processo legal, da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da presunção de inocência e do *non bis in idem*<sup>119</sup>. Por sua vez, García de Enterría cita os princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência e da prescrição<sup>120</sup>. O que se observa é a existência de certo acordo dogmático sobre a incidência de alguns importantes princípios constitucionais sobre o processo administrativo sancionador.

O princípio da tipicidade, dentre estes, ganha especial contorno em sua incidência no âmbito do processo administrativo sancionador, vez que está relacionado diretamente com algumas expressões dos direitos fundamentais no Estado de Direito, mormente, o direito fundamental de liberdade e o direito à segurança jurídica<sup>121</sup>. Destarte, não se pode olvidar que o conteúdo veiculado pelo princípio da tipicidade é de direta limitação da atividade punitiva do Estado, dado que

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que **impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación** [...]; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica [...], que **no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos** (lex certa) (grifo nosso, itálico no original)<sup>122</sup>.

Para os fins do presente estudo, conforme o recorte metodológico proposto, em relação ao objeto de pesquisa, dedicou-se especial atenção aos princípios da

<sup>118</sup> MENDES, op. cit.

<sup>119</sup> OSÓRIO, op. cit.

<sup>120</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit.

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit.

<sup>122</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 179-180.

tipicidade (abordado nesta seção e na subseção 1.2.1 do capítulo 1) e ao princípio do *ne bis in idem* (abordado ao longo de todo o capítulo 2). Para os demais princípios, assentar a sua incidência sobre os processos administrativos sancionadores já se mostra suficientemente relevante para os fins do presente trabalho.

Resta, portanto, discorrer sobre a conformação da incidência dos princípios constitucionais no bojo do processo administrativo sancionador, com especial enfoque sobre o princípio do *ne bis in idem*, o que se fará a partir da análise do dogma da unidade do *jus puniendi* estatal e, especificamente sobre o princípio do *ne bis in idem*, a partir de breves comentários acerca de um julgado prolatado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme relatado por Paulo Burnier da Silveira<sup>123</sup>.

### 3.3 O dogma da unidade do *jus puniendi* estatal

A identidade material entre as sanções administrativas e as sanções penais pode levar à concepção de que o manejo do poder punitivo por parte do Estado, quer se trate de processo penal, quer se trate de processo administrativo sancionador, deve dar-se sob o crivo de uma unidade da pretensão punitiva estatal. Tal unidade de pretensão punitiva implicaria no fato de que os princípios que regem a jurisdição penal teriam exatamente a mesma incidência no âmbito do processo administrativo sancionador.

García de Enterría, ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, relata que, anteriormente ao ano de 1981, entendia-se que, em virtude do princípio da separação dos poderes, o poder administrativo sancionador e a jurisdição penal configurariam ordenamentos distintos, de tal sorte que

las sanciones administrativas eran perfectamente compatibles e incluso independientes respecto a las penales, frente a unos mismos hechos. De modo que cabía que por unos mismo hechos se sufriese una doble punición (administrativa y penal) y, lo que resultaba aún más chocante, unos mismos hechos podían estimarse de un modo

---

<sup>123</sup> BURNIER DA SILVEIRA, Paulo. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de defesa da concorrência**. Brasília: CADE, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionatoria<sup>124</sup>.

Contudo, a partir do citado ano, a corte constitucional espanhola passou a entender que, precisamente pela conformação da incidência do princípio do *ne bis in idem*, que seria intimamente ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade, tal possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais não seria tolerada pelo ordenamento jurídico espanhol, tornando-se tal posicionamento a jurisprudência reiterada da corte, a partir de então. Nada obstante, o autor observa que o Tribunal Constitucional Espanhol admite exceções à proibição deste duplo sancionamento, notadamente, no caso das sanções administrativas disciplinares e nas sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis<sup>125</sup>.

Fábio Medina Osório, ao comentar tal jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, aponta que, ainda que se afirme uma pretensa unidade do *jus puniendi* estatal, implicando em princípios gerais do apenamento estatal, a jurisprudência espanhola acabaria revelando a existência de regimes jurídicos muito variados, implicando em distintas projeções do poder punitivo estatal, de forma que os princípios penais incidiriam no âmbito do processo administrativo sancionador com diferentes conformações, quando comparada à sua incidência no âmbito da jurisdição penal. No caso brasileiro, não há falar em tal unidade do exercício do *jus puniendi* estatal, sendo a regra, em sentido contrário, a possibilidade de cumulação de sanções, com espeque, precisamente, no princípio da separação de poderes. Contudo, não há dúvida de que se pode falar do papel dos princípios constitucionais enquanto verdadeiros limitadores do exercício da atividade punitiva estatal<sup>126</sup>.

A impossibilidade de se tratar de uma pretensa unidade do *jus puniendi* estatal, tanto no caso brasileiro quanto no caso espanhol, ainda que com profundidade bastante distinta, tendo em vista, mormente, a existência de jurisdição administrativa no Estado espanhol e à inexistência desta no caso brasileiro, se deve exatamente à distinta conformação de incidência dos princípios constitucionais às

---

<sup>124</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 187.

<sup>125</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit.

<sup>126</sup> OSÓRIO, op. cit.

diferentes espécies de processos punitivos, que vem se afirmando por meio da jurisprudência. Neste aspecto, é de se observar que

não é razoável, todavia, por mais paradoxal que pareça, tratar de um unitário *ius puniendi* estatal, dado que **os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos**. De fato, há que se reconhecer que **esses supostos princípios gerais do direito público estatal punitivo** - que na verdade seriam melhor denominados "**princípios constitucionais**" -, **quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos**, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição (grifo nosso, itálico no original)<sup>127</sup>.

Assim, ainda que informados pelos mesmos princípios, o que se observa é que a conformação da incidência dos princípios constitucionais sobre o processo administrativo sancionador e o processo penal se dá de maneira distinta, ainda que aproximada, em virtude de que tais espécies de processos punitivos se submetem a diferentes regimes jurídicos. Contudo, não se pode perder de vista que é precisamente a Constituição que limita a atividade sancionadora do Estado, e, em se tratando de direitos fundamentais, a diversidade do regime de tratamento jurídico do princípio constitucional não pode servir de argumento para o seu total esvaziamento.

O que permite a existência destes distintos regimes jurídicos sancionatórios, ainda que jungidos e conformados pelas normas constitucionais, é a liberdade de configuração legislativa conferida ao legislador, diretamente derivada do princípio de separação de poderes, um dos fundamentos do Estado de Direito. Sobre tal liberdade de configuração, Fábio Medina Osório informa que

No modelo de divisão de poderes políticos, sabe-se que o Poder Legislativo ostenta uma ampla e legítima discricionariedade no desempenho de suas funções, discricção muito mais ampla do que aquela reconhecida aos Poderes Executivo e Judiciário. Assim sendo, na repartição de poderes políticos, ao Legislativo competem tarefas extremamente abrangentes e intensas, conformando as fronteiras do lícito e do ilícito, ainda que balizado e limitado por uma série de condicionantes políticas e jurídicas, em face dos efeitos do constitucionalismo na redução do papel desse Poder de Estado. Resulta possível ao legislador escolher as vias mais adequadas, oportunas e idôneas para tutelar determinados tipos de patologias

---

<sup>127</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 134.

sociais. Se essa tutela é efetivada pela perspectiva penal, ou administrativa, ou por ambas e ainda com recurso a outras modalidades, trata-se de espaços discricionários legítimos do Poder Legislativo, desde que respeite os limites das normas constitucionais, dentre as quais se encontram as normas atinentes aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal (*non bis in idem*) (itálico no original)<sup>128</sup>.

Contudo, deve-se observar que aquilo que os distintos regimes jurídicos sancionatórios, administrativo e penal, veiculam de maneira diversa é a conformação da incidência dos princípios atinentes aos direitos fundamentais. Afirmar que não há uma unidade no exercício do *jus puniendi* estatal não quer dizer que haja princípios constitucionais incidentes sobre o processo penal e, ao mesmo tempo, não incidentes sobre o processo administrativo sancionador.

Tal conformação da incidência destes princípios, segundo relata García de Enterría, foi denominada pelo Tribunal Constitucional Espanhol de "matizes de aplicação", vez que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado"<sup>129</sup>.

Há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador, ainda que possam veicular conteúdos distintos no âmbito de sua incidência em cada um destes ramos do Direito Público Punitivo. Porém, ainda que distintos, tais conteúdos sempre representarão mínimos obrigatórios, sob pena de se violar o núcleo essencial de proteção do direito fundamental, o que se mostra inadmissível diante da dignidade constitucional de tais direitos. Portanto, torna-se possível falar em uma unidade do Direito Público Punitivo somente na medida em que tal ideia de unidade veicule, precisamente, aquelas garantias constitucionais e direitos fundamentais básicos conferidos aos acusados em geral<sup>130</sup>, informadores de toda a atividade punitiva estatal. Dentre tais garantias, assoma-se a garantia do devido processo legal, da qual derivam tanto o princípio da proporcionalidade quanto a cláusula do *ne bis in idem*.

---

<sup>128</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 140-141.

<sup>129</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 170.

<sup>130</sup> OSÓRIO, op. cit.

### 3.4 O princípio do *ne bis in idem* na jurisprudência recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Paulo Burnier da Silveira, por meio de artigo publicado na Revista de Defesa da Concorrência<sup>131</sup>, editada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, relata um interessante caso de aplicação do princípio do *non bis in idem* no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Em março de 2014, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proferiu uma decisão que, no entender do autor, teria o potencial de se mostrar enquanto um novo paradigma no que concerne à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais.

De maneira sucinta, o caso que se levou à apreciação do tribunal tratava do duplo sancionamento, penal e administrativo, de pessoas jurídicas e naturais, no âmbito do ordenamento jurídico italiano, em virtude da prática de conduta que configuraria, em tese, um ilícito administrativo, no âmbito da política de defesa da concorrência, e um ilícito penal. O autor assim resumiu os fatos que culminaram na dupla aplicação de sanção:

O caso foi julgado pelo TEDH em março de 2014 e ficou conhecido pelo nome de “Grande Stevens”, em referência ao principal réu do processo, um célebre advogado italiano. Os réus foram investigados e condenados por prática ilícita, no mercado de capitais na Itália, pela *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB) e, em seguida, pela justiça criminal italiana. Não tendo mais recursos no âmbito nacional italiano, os réus optaram por uma última tentativa, no âmbito do TEDH, em instância supranacional, com fundamento na violação do princípio de que ninguém pode ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo ilícito penal – e ganharam a batalha. Isto se deu porque o TEDH considerou as sanções administrativas impostas pela CONSOB, que corresponde à autoridade de regulação do mercado de capitais, de natureza sancionatória – o que não permitiria, desta maneira, novas sanções de mesma natureza, por via da justiça criminal italiana (itálico no original)<sup>132</sup>.

Figuraram como recorrentes junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens, as pessoas naturais que sofreram as sanções administrativa e penal no Estado italiano. No âmbito administrativo, as sanções aplicadas deram-se na forma de multa e de proibição temporária de

<sup>131</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit.

<sup>132</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit., p. 5-6.

administração de sociedades empresárias de capital aberto. No âmbito penal, a reprimenda deu-se na forma de pena privativa de liberdade.

Os sancionados alegavam, em suma, que as sanções aplicadas implicavam em violações a quatro garantias individuais consagradas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos: i) a garantia de ser submetido a um processo justo e de duração razoável; ii) a garantia de ser suficientemente e celeremente informado acerca das acusações, bem assim a garantia de assistência por meio de um advogado; iii) a garantia representada pelo direito de proteção à propriedade; e iv) a garantia representada pela fórmula do *ne bis in idem*. Somente a última alegação foi acatada pela corte supranacional, tendo por eficácia a anulação do processo penal movido na Itália contra os sancionados; a proibição de que novas investigações criminais se dessem em desfavor dos recorrentes pelos mesmos fatos e a condenação da Itália ao pagamento de multa em benefício dos recorrentes.

Ao analisar o teor da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Paulo Burnier da Silveira afirma ser possível uma análise das razões que levaram a corte de direitos humanos a entender pela incidência da dupla punição pelo mesmo fato, a partir, precisamente, dos dois vetores que compõem a garantia do *ne bis in idem*: a dupla imposição de sanção (*bis*) e a identidade da conduta (*idem*)<sup>133</sup>.

Segundo o autor, o Estado italiano argumentou junto ao tribunal internacional que não se poderia falar em dupla punição pelos mesmos fatos porque a conduta sancionada comportava diferentes tipificações no âmbito administrativo e no âmbito criminal, sendo que a principal diferença residiria no fato de que, naquela esfera, estar-se-ia diante de um caso de responsabilidade objetiva, enquanto nesta, de responsabilidade subjetiva, sendo imprescindível a caracterização da culpabilidade para a condenação na esfera penal. Tratando-se de condutas distintas, não se poderia falar, destarte, em identidade de sanções, visto que uma sanção ostentaria o caráter administrativo, e a outra, o caráter penal<sup>134</sup>.

A decisão da corte de direitos humanos, contudo, neste aspecto, pareceu privilegiar o que fora anteriormente exposto no presente trabalho, acerca da

---

<sup>133</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit.

<sup>134</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit.

identidade quanto à natureza das sanções administrativas e penais. Segundo Burnier da Silveira, no que tange ao duplo sancionamento,

A análise do caso “Grande Stevens” e de outros precedentes europeus confirma que o direito administrativo sancionador pode ter sim um caráter penal, a depender da severidade das sanções impostas pela Administração Pública. Isto foi justamente o que ocorreu no caso italiano, cujas sanções administrativas foram consideradas de natureza penal. Destaca-se que a decisão do TEDH inova ao afirmar que os Estados-Membros da UE não têm a liberalidade de definir, por uma classificação própria e prévia, quais sanções são de natureza administrativa e quais são de natureza penal, de modo a excluí-las da aplicação do princípio de *non bis in idem*. O que será analisado é o condão da sanção administrativa imposta, sendo seu grau de severidade um aspecto determinante desta análise. Desta maneira, surge a necessidade de um cuidado especial, por parte da autoridade administrativa, na dosagem das sanções quando da aplicação de remédios administrativos, sob risco destas sanções serem consideradas de natureza penal e, portanto, passível de incidência do princípio de vedação do *bis in idem* em relação a eventuais sanções criminais. Este parece ser um aspecto-chave da decisão do TEDH, pois até então países como a França e Itália se escusavam da aplicação do princípio no campo administrativo sob o argumento da tradição secular dos processos administrativos sancionadores em ambos os sistemas jurídicos, que permitiam aos tribunais nacionais categorizarem as infrações administrativas como não-penais (itálico no original)<sup>135</sup>.

Já em respeito à identicidade de condutas, o autor afirma que a decisão da corte assentou, de maneira definitiva, que o vetor “*idem*” se refere “ao conjunto de circunstâncias fáticas que deem ensejo a duas condenações de natureza penal”<sup>136</sup>. Logo, para a corte, não se mostrou relevante o fato de que a conduta dos sancionados fez incidir duas normas típicas distintas, não apenas por se referirem, uma, ao campo do Direito Administrativo Sancionador e, outra, ao campo do Direito Penal, mas, também, por remeterem a sistemas de responsabilização distintos, um fundado em responsabilidade objetiva, e outro em responsabilidade subjetiva. Para o tribunal, destarte, importou apenas a realidade fática da conduta, qual seja, a “veiculação de informações falsas ou enganosas”<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit., p. 16.

<sup>136</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit., p. 18.

<sup>137</sup> BURNIER DA SILVEIRA, op. cit., p. 18.

O que o caso Grande Stevens retrata é, talvez, uma aproximação da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos à referida perspectiva do dogma da unidade do *jus puniendi* estatal. A corte considerou que houve a incidência de dupla punição pelo mesmo fato em virtude da identidade material entre as sanções aplicadas sobre uma conduta que, independentemente de atrair a incidência de normas distintas no concernente à tipificação dos ilícitos (penal e administrativo), representou, no mundo dos fatos, um único comportamento.

Deve-se também notar que o que fundamentou o entendimento do tribunal acerca da natureza penal do sancionamento administrativo teve que ver, precisamente, com a gravidade da sanção imposta. Neste ponto, parece não ter sido relevante o fato de que as distintas sanções, penal e administrativa, carregavam também distintas eficácias. Contudo, a decisão da corte, conforme relato por Burnier da Silveira, permite elucubrar se o fundamento para a caracterização da dupla punição pelo mesmo fato não tem relação direta com a incidência do princípio da proporcionalidade sobre a atividade punitiva estatal. De qualquer modo, parece claro que a *ratio essendi* da decisão vincula-se com as garantias mais gerais do direito fundamental a um devido processo justo e legal, conformando, talvez, a incidência de tais garantias no âmbito administrativo sancionador. Não à toa, Burnier da Silveira remete à necessidade de se atentar à “severidade” das sanções impostas pela Administração Pública.

Por fim, ainda no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, convém fazer uma breve referência ao relatado por Wils<sup>138</sup>. Escrevendo acerca do sistema de defesa da concorrência no âmbito da União Europeia, o autor procurou fazer uma análise tanto legal quanto econômica acerca da incidência do princípio do *ne bis in idem* no âmbito das persecuções estatais europeias por ilícitos concorrenciais.

Do ponto de vista jurídico, Wils observa que não há qualquer dúvida acerca da natureza fundamental do direito de não ser duplamente punido por uma mesma conduta, tendo em vista as normas constantes do artigo 4 do protocolo nº 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 50 da Carta de Direitos

---

<sup>138</sup> WILS, op. cit.

Fundamentais da Europa, disposições relativas ao princípio do *ne bis in idem* às quais o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já atribuiu o *status* de princípio fundamental da comunidade europeia, conforme observou-se ao longo do capítulo 2 do presente estudo.

Para o autor, a questão central, do ponto de vista jurídico, seria o fato de que a jurisprudência recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos impediria que um mesmo processado pudesse sofrer persecuções simultâneas por uma mesma conduta, persecuções estas patrocinadas por diferentes Estados-membros da União Europeia. Tal fato demandaria, portanto, um esforço articulado entre as diferentes autoridades de defesa da concorrência para desencadear uma única persecução em detrimento do suposto ofensor<sup>139</sup>. Em se tratando de defesa de direito da concorrência, envolvendo a atuação de autoridades reguladoras de atividades econômicas de diferentes países do continente europeu, está-se, novamente, no campo do Direito Administrativo Sancionador.

Para além, Wils também observa que a hipótese de anulação de uma sanção administrativa, motivada por erros de procedimento, não seria uma circunstância apta a atrair a incidência do princípio do *ne bis in idem*, a impedir que se instaurasse uma nova persecução administrativa, no âmbito do direito de defesa da concorrência, sobre os mesmos fatos, e se aplicasse uma sanção idêntica à sanção anterior, que fora anulada. Em tais casos, a segunda penalidade não se somaria à primeira, mas, antes, substitui-la-ia. De igual maneira, seria possível reinaugurar uma persecução administrativa em virtude de um arquivamento do processo por ausência de provas, desde que sobreviessem fatos novos não anteriormente conhecidos<sup>140</sup>.

Contudo, a análise econômica que o autor faz acerca da incidência do princípio do *ne bis in idem* sobre esta espécie de processo administrativo sancionador revela um dado ainda mais interessante. Segundo Wils, as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nessa matéria estariam embasadas em uma racionalidade econômica, cujo objetivo seria alcançar uma sanção ótima por meio de um processo o menos dispendioso possível. Destarte, uma problemática de natureza

---

<sup>139</sup> WILS, op. cit.

<sup>140</sup> WILS, op. cit.

econômica a envolver a incidência deste princípio, no âmbito das infrações à ordem econômica, tem que ver com a necessidade de se evitar a aplicação de uma sanção que não se mostre rigorosa o suficiente ou, em sentido contrário, de uma sanção que se mostre demasiado severa (*over-punishment* e *under-punishment*, nas palavras do autor)<sup>141</sup>.

A análise levada a cabo por Wils relaciona-se com o que foi acima exposto ao longo do presente capítulo em um aspecto que, apesar de não se mostrar imediato, ostenta relevância. A racionalidade econômica subjacente ao Direito Administrativo Sancionador, no âmbito das infrações à ordem econômica, a justificar as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pode estar a revelar, precisamente, os diferentes matizes de incidência dos princípios do Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e, notadamente, do princípio do *ne bis in idem*. É dizer: as garantias fundamentais não se mostram ausentes em tais procedimentos, contudo, incidem de uma forma distinta daquela exigida no âmbito da persecução penal.

Deve-se notar, para além, que, no âmbito do processo administrativo sancionador da conduta de pessoas jurídicas, outras garantias caras ao Direito Penal incidem com uma conformação distinta. Assim, por exemplo, a Lei nº 12.846/2016, ao prever, em seu art. 1º, *caput*, que a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas se implementa de maneira objetiva e, destarte, sem aferição da culpabilidade da conduta, está conformando a incidência de uma garantia fundamental (o princípio da culpabilidade) a um contexto em que a conduta de um ente moral não tem, por sua natureza, este elemento, indispensável para a caracterização da maioria dos crimes atribuíveis às pessoas naturais<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> WILS, op. cit.

<sup>142</sup> OSÓRIO, op. cit.

## CONCLUSÃO

O percurso empreendido ao longo do presente trabalho pretendeu evidenciar as possibilidades da punição administrativa da conduta de pessoas jurídicas que se mostrassem enquanto atos ilícitos de natureza extracontratual, visando à burla aos objetivos da licitação pública. Para tanto, foram expostos os sistemas de responsabilização administrativa previstos pela Lei nº 8.666/1993, por meio de seu art. 88, II, e pela Lei nº 12.846/2013, por meio de seu art. 5º, IV, “a” a “g”.

A delimitação do problema - saber-se se há hipótese de ocorrência de *bis in idem* entre estes distintos sistemas de responsabilização, especificamente em relação às hipóteses citadas - por meio de seus respectivos processos administrativos sancionadores, toma corpo a partir da norma do art. 30, II, da Lei nº 12.846/2013, cuja redação expressamente assenta a possibilidade de simultâneas persecuções administrativas fundadas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013.

O princípio do *ne bis in idem* foi contextualizado em sua dimensão histórica, enquanto um direito fundamental de liberdade no Estado de Direito, representando autêntica garantia de limitação da intervenção estatal sobre a esfera jurídica individual. A incidência da garantia no ordenamento jurídico brasileiro, dado não haver na Constituição de 1988, no catálogo de direitos fundamentais, uma norma expressa disposta sobre tal garantia, foi caracterizada como advinda tanto de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário quanto do regime não-taxativo de enunciação dos direitos fundamentais na Carta Política.

Os princípios jurídicos enunciadores de direitos e garantias fundamentais foram caracterizados enquanto normas jurídicas de claro caráter prospectivo, devendo o seu conteúdo ser adensado por meio das regras, cuja razão argumentativa de autoridade determina um comportamento que, se efetivado, será capaz de conformar a incidência do princípio jurídico. Assim, procurou-se caracterizar a clara relação de complementaridade entre estas duas espécies de normas jurídicas.

A garantia representada pela fórmula do *ne bis in idem* foi também exposta em suas dimensões substancial e processual, bem assim foi caracterizada sua

incidência nos processos de responsabilização de pessoas jurídicas, mormente, por se tratar de autêntica garantia advinda do devido processo legal, não havendo qualquer razão para não conceber sua proteção às pessoas jurídicas.

O Direito Administrativo Sancionador foi caracterizado enquanto um ramo do Direito Administrativo, o qual comporia, juntamente com o Direito Penal, um gênero denominado de Direito Público Punitivo. O conceito de sanção administrativa foi exposto em suas diferentes acepções, evidenciando-se que, no âmbito do presente estudo, seria irrelevante a divergência doutrinária existente sobre a necessária presença da autoridade administrativa enquanto veiculadora de tal sanção, visto que a hipótese estudada é a de aplicação de sanção administrativa, necessariamente, por uma potestade da Administração Pública, ainda que tal distinção teórica possa trazer profundas consequências para a análise de outras hipóteses de ocorrência de *bis in idem*.

Afirmada a aproximação dos ramos do Direito Público Punitivo, inclusive, pela ausência de distinção material entre a sanção administrativa e a sanção penal, o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal foram, contudo, diferenciados, à medida que o Direito Administrativo Sancionador é também conformado pela incidência de princípios próprios do Direito Administrativo e, principalmente, pela presença do interesse público, a nortear toda a atuação administrativa. Este fato implicaria na conformação da incidência dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador: esta incidência se daria com gradações distintas, congruentes com o sistema principiológico do Direito Administrativo.

Desta forma, foi exposta a concepção dogmática da unidade do Direito Público Punitivo, concepção esta que, ainda que afirmada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, não tem se mostrado totalmente eficaz na realidade prática da jurisprudência, mesmo naqueles ordenamentos jurídicos onde há a jurisdição administrativa.

A incidência das garantias do Direito Penal sobre os processos administrativos sancionadores foi afirmada como inderrogável, tendo em vista o *status* constitucional de tais garantias e, mormente, a atual juridicidade do Direito Administrativo. Contudo, a amplitude desta incidência foi caracterizada enquanto

passível de conformação diante da liberdade de configuração legislativa conferida ao legislador, podendo este disciplinar, de maneira livre, sobre a criação de ilícitos e sanções, quer na esfera administrativa, quer na esfera penal.

Por fim, foram apresentados breves relatos de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as quais articularam o âmbito de proteção do princípio do *ne bis in idem* aos processos administrativos sancionadores, sobressaindo, nesse específico, a necessária observância à garantia do devido processo legal e ao princípio da proporcionalidade.

Feita a breve recapitulação, cumpre tecer algumas breves observações sobre o problema de pesquisa proposto, a título de conclusões, ainda que preliminares.

Procurou-se demonstrar que a Lei nº 12.846/2013, conforme se depreende da leitura da exposição de motivos do projeto de lei que se converteu no referido diploma normativo, visou preencher uma lacuna normativa deixada pela Lei nº 8.666/1993, no atinente à “previsão das condutas” que ensejariam a responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas com a Administração Pública, no tocante aos ilícitos que visam frustrar os objetivos da licitação pública.

Assim, a edição da Lei nº 12.846/2013 pode ser vista como um movimento normativo que conferiu maior eficácia ao princípio penal da tipicidade no âmbito do processo administrativo sancionador brasileiro. O que era definido apenas como “atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação” no diploma de 1993 passou a contar com uma série de tipos sancionatórios encartados nas alíneas “a” a “g” do art. 5º, IV, do diploma de 2013.

Destarte, pode-se falar em uma amplitude da eficácia deste princípio no âmbito administrativo sancionador brasileiro, no que concerne ao recorte estudado. Observe-se que os diplomas normativos são separados por um lapso de 20 (vinte) anos. Neste período, é provável que a construção doutrinária e jurisprudencial tenha propiciado avanços na concepção do Direito Administrativo Sancionador, ainda que se trate de um assunto com o referido “déficit dogmático” no âmbito nacional. Logo, pode-se dizer que a Lei Anticorrupção, ainda que tenha sido editada com o fito de cumprir com compromissos internacionais no combate à corrupção no âmbito

nacional, cumpriu uma importante função de retificar uma disciplina normativa que se mostrava deficiente.

Portanto, o caso da sucessão dos diplomas normativos estudados, no específico tocante do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de ilícitos extracontratuais, tendentes a frustrar os objetivos licitatórios, não se deu pelo exercício da simples liberdade de configuração de ilícitos por parte do legislador pátrio, mas, mormente, pela necessidade de corrigir falhas do sistema adrede elaborado pela Lei nº 8.666/1993.

Diante de tal constatação, assoma-se algo incoerente que a norma que possibilita a múltipla persecução administrativa com fundamento na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013 estaria a autorizar a existência de procedimentos administrativos sancionadores sem qualquer temperamento no tocante à incidência do princípio do *ne bis in idem*.

Conforme se procurou demonstrar, a garantia carreada pelo princípio do *ne bis in idem* guarda estreita relação com os também princípios da legalidade, da proporcionalidade e do devido processo legal. Assim, anteriormente à edição da Lei nº 12.846/1993, o que se pode constatar é a existência de um sistema administrativo sancionador positivado pela Lei nº 8.666/1993, em seu art. 88, II, que não se coaduna com o núcleo mínimo de incidência de algumas garantias penais aos processos administrativos sancionadores.

Dispondo de maneira genérica sobre o fundamento para a aplicação de sanção por meio da expressão "atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação", a Lei nº 8.666/1993 mostra-se dissonante com um mínimo de incidência do princípio da legalidade estrita, informador do direito administrativo sancionador. Estar-se-ia, em última hipótese, deixando-se ao alvedrio do administrador, e não do legislador, a criação dos tipos sancionatórios a incidir sobre as condutas puníveis, é dizer, estar-se-ia criando norma sancionadora com o recurso à analogia.

A técnica da tipicidade, consequência da incidência do princípio da legalidade e dos correlatos devido processo legal e proporcionalidade, adotada pela Lei nº 12.846/2013, resultou na feição de um diploma normativo mais coerente com os

princípios do processo administrativo sancionador. Assim, a interpretação que se faz da norma que autoriza a múltipla persecução administrativa deve, também, levar em consideração tais princípios.

É de se observar que a sucessão de diplomas normativos que dispõem sobre Direito Administrativo Sancionador, em seu viés material, pode carrear, criando novos ilícitos por meio da técnica da tipicidade, no referido exercício da liberdade de configuração do legislador, eficácias distintas. Num caso, movido pelos ditames do interesse público, o legislador administrativo resolve tutelar bens jurídicos que, anteriormente, não mereciam a tutela do Direito Administrativo Sancionador. Noutro caso, os bens jurídicos tutelados são exatamente os mesmos, contudo, o novo diploma os tutela de maneira mais eficiente, superando os defeitos do diploma anterior.

O estudo ora empreendido autoriza afirmar que, no caso da sucessão das leis analisadas, a segunda hipótese parece mais consentânea com os princípios do Direito Administrativo Sancionador. Daí que não há razão para justificar que a múltipla persecução administrativa, com fundamento nestes dois diplomas, possa dar-se com arrimo no art. 88, II, da Lei nº 8.666/1993 e, ao mesmo tempo, com supedâneo numa das alíneas do inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013. Foi este último diploma que conferiu um núcleo de proteção mínimo aos princípios do Direito Administrativo Sancionador, mormente ao princípio da legalidade, tipificando o que a norma do Estatuto das Licitações tratava, vagamente, apenas como um gênero de condutas.

Desta forma, autorizar o múltiplo processamento administrativo sancionatório de uma mesma pessoa jurídica com fundamento nos dispositivos referidos seria violar garantias fundamentais dos processados. Contudo, tal interpretação não faz tábua rasa da norma do art. 30, II, da Lei nº 12.846/2013. O referido dispositivo diz que a aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 "não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes" da Lei nº 8.666/1993. Destarte, a responsabilização contratual prevista na Lei nº 8.666/1993, conforme explicitado no capítulo 1, pode coexistir pacificamente com a sistemática inaugurada pela Lei nº 12.846/2013.

Contudo, o mesmo não se poderia afirmar em relação à sistemática de responsabilização extracontratual, mormente, a responsabilização fundada no art. 88, II, do Estatuto das Licitações. Observe-se que esta mesma afirmação não se aplica caso a responsabilização extracontratual fundada na Lei nº 8.666/1993 se dê com esteio na norma do art. 88, I, dado que, ali, remete-se a pessoas jurídicas que "tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos", hipótese radicalmente distinta da tutela estatal administrativa da preservação dos objetivos da licitação.

Concluindo, pode-se afirmar que o múltiplo processamento administrativo com fundamento nas hipóteses estudadas (art. 88, II, Lei nº 8.666/1993 e art. 5º, IV, "a" a "g", Lei nº 12.846/2013) caracterizaria, sim, a ocorrência de *bis in idem* administrativo, visto que as condutas puníveis só foram, de fato, tipificadas pela Lei nº 12.846/2013, que superou a vagueza do Estatuto das Licitações, conferindo incidência, ainda que conformada pelos demais princípios do Direito Administrativo, aos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal.

De outra sorte, uma interpretação consentânea com as garantias penais incidentes no processo administrativo sancionador autorizaria dizer que a Lei nº 12.846/2013, por meio de seu art. 5º, IV, "a" a "g", promoveu uma derrogação tácita da Lei nº 8.666/1993, especificamente, de seu art. 88, II. Portanto, com base nas condutas atentatórias aos objetivos da licitação, somente seria possível a persecução administrativa da pessoa jurídica com fundamento na Lei nº 12.846/2013, dado ser esse o diploma que, de fato, tipificou as condutas puníveis neste tocante. Logo, autorizar o duplo processamento, neste caso, seria autorizar uma dupla persecução e possível dupla punição com base nos mesmos fatos, é dizer, nos mesmos tipos considerados, e, destarte, implicar num duplo sancionamento pelo cometimento de um único ilícito.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 out 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 02 nov 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em 02 nov 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: 29 out 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 29 out 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Exposição de motivos EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm)>. Acesso em: 15 out. 2017.

BURNIER DA SILVEIRA, Paulo. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de defesa da concorrência**. Brasília: CADE, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov., 2014.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à lei nº 12.846/2013 – lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CARVALHO, Érica Mendes de e outros, 2013 *apud* SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, ORG. **Lei anticorrupção**. Salvador: Editora Jus Podium, 2015, p. 131-178.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: vol X princípios de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 10 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States (1787). 5<sup>th</sup> Amendment (1791). Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 02 nov 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 10 ed. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2006, v. 2.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PORTUGAL. Constituição (1976). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 nov 2017.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

QUINZACARA, Eduardo Cordero. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. **Revista de Derecho**. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, v. XXV, n. 2, p. 131-157, dez., 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, ORG. **Lei anticorrupção**. Salvador: Editora *Jus Podium*, 2015.

TIGRE MAIA, Rodolfo. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim científico - Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 4, n.16, p. 11-75, jul./set., 2005.

WILS, Wouter P.J. The principle of 'ne bis in idem' in EC antitrust enforcement : a legal and economic analysis. **World Competition**. Amsterdã: Kluwer Law International, 2003, v. 26, n. 2, p. 131-148.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.